

J. Germ.
3471.

3471.

Strauss, M d. Konvention
Stück n.d. v. Richard Wagner.

4. germ.

~~1991~~

3441

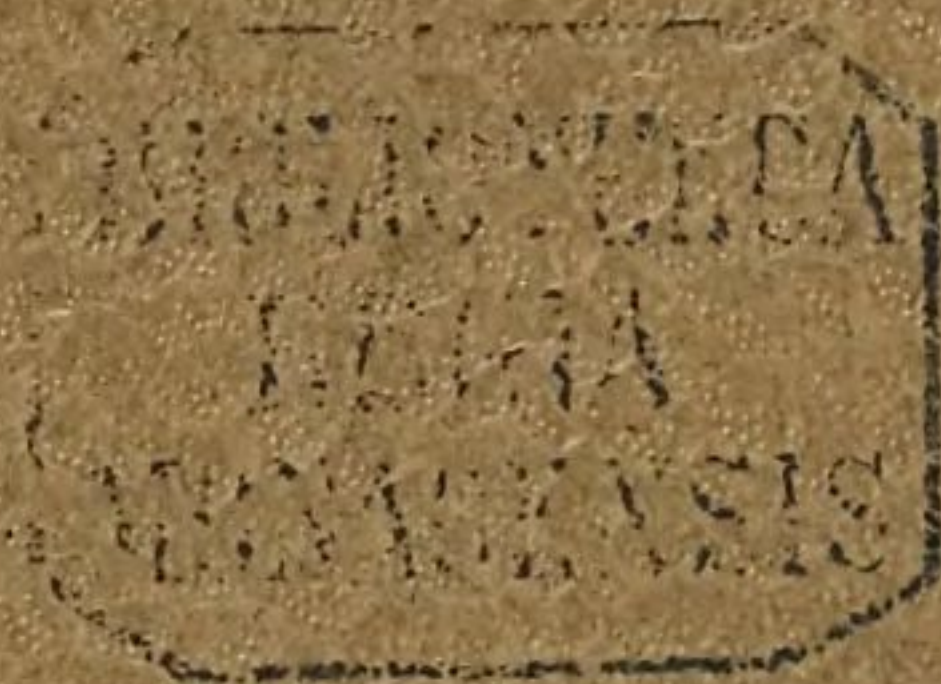
Strauss

<36633606950014

S

<36633606950014

Bayer. Staatsbibliothek



Über die
Konventionalstrafe
nach der neuen Reichsgesetzgebung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Kgl. bayer. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

vorgelegt von

Adolf Strauss

Rechtspraktikant aus Eichstätt.

Approbiert am 11. Februar 1898.

MÜNCHEN.

Buchdruckerei von J. B. Lindl.

1898.



Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Altenen lieben Eltern

in Dankbarkeit

Einleitung.

In der früheren Zeit der römischen Rechtsentwicklung herrschte das Prinzip, dass der Schuldner nur zur Leistung einer bestimmten Geldsumme verurteilt werden konnte. Diesem Grundsatz der *pecuniaria condemnatio* entsprechend wurde der *iudex* in der *formula*, auch wenn die ursprüngliche Leistung keine Geldleistung war, stets angewiesen auf den Geldwert (*quantum ea res est*) zu verurteilen. Und zwar ging in der älteren Zeit die Geldcondemnation immer nur auf den gemeinen Sachwert (*verum rei pretium*.)

Erst in der späteren Zeit war es dem Richter möglich gemacht, dem Kläger soviel Geld zuzusprechen, als der durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit für den Kläger entstandene Schaden betrug. Da jedoch die Festsetzung der Höhe dieses Interesses abhängig war von der Entscheidung des *arbiter*, der nicht immer das vom Gläubiger geltend gemachte Interesse anerkennen konnte und durfte, so suchte das praktische Leben nach einem Ausweg, um auf indirektem Wege die Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich des Schadens, welchen er durch die Nichtleistung seitens des Schuldners erlitten hatte, zu erreichen. Diesem Zwecke zu dienen war vornehmlich die *Pönalstipulation* bestimmt, die wie wir hier gleich betonen wollen, im Gegensatze steht zur *Wandelpön*; denn diese ist lediglich eine Verabredung zu Gunsten des Schuldners, während erstere, die Konventionalstrafe, zu Gunsten des Gläubigers verabredet wird.

Über die Konventionalstrafe herrschen nun in der Doktrin die verschiedensten Auffassungen. Arndts¹⁾ erklärt die Konventionalstrafe für ein bedingtes Versprechen, sich einem vermögensrechtlichen Nachteil zu unterwerfen für den Fall, dass jemand etwas thun oder unterlassen werde oder dass eine andere Leistung nicht

¹⁾ Arndts, Pandekten 14. Aufl. § 211.

oder nicht gehörig erfüllt werde, wobei es nur darauf ankommt, ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts unter dieser bestimmten Bedingung zulässig und gültig sei.

Dernburg¹⁾ definiert die Konventionalstrafe als eine Leistung, welche bedungen ist zur Strafe der Nichterfüllung oder der unvollständigen oder der unpünktlichen Erfüllung eines Versprechens.

Puchta²⁾ sagt: Konventionalstrafe ist ein Nachteil, dem sich jemand durch Vertrag unterwirft unter der Bedingung, dass eine andere Leistung, welche dadurch bestärkt oder gesichert werden soll, nicht oder nicht gehörig erfüllt werden sollte³⁾.

Randa⁴⁾ erklärt, um noch eine Definition hier zu nennen, die Konventionalstrafe als das von den Parteien im voraus vereinbarte Äquivalent des Interesses des Gläubigers für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung der Verbindlichkeit von Seite des Schuldners.

Diese verschiedenartigen Auffassungen in der Theorie finden darin ihren Grund, dass bei den Römern schon die Konventionalstrafe teils Momente einer Strafe, teils Momente für die Beurteilung als Ersatzleistung⁵⁾ in sich vereinigt und darum der Wissenschaft als juristische Zwittergestalt ziemlich Schwierigkeiten bereitet.

Die neueren Gesetzgebungen nun haben mehr und mehr den poenalen Charakter der Konventionalstrafe abzustreifen gewusst, und betrachten dieselbe fast ganz vom Standpunkte der reinen Ersatzleistung.

I. Das römische Recht.

Unbestritten ist, dass die Pönalstipulation eine Obligation darstellt, wie dies sich schon kennzeichnet äusser-

¹⁾ Dernburg, Pandekten 3. Aufl. Bd. II. § 46.

²⁾ Puchta, Pandekten 12. Aufl. § 231.

³⁾ Vgl. übrigens noch Joh. A. Seuffert. Prakt. Pandektenrecht 2. Aufl. 2. Bd. § 281. Konventionalstrafe ist die Nebenleistung, zu welcher der Promittent im Falle der Nichtentrichtung der Hauptleistung verpflichtet sein soll. Windscheid II. Bd. § 285. Konventionalstrafe ist eine Strafe, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht.

⁴⁾ Randa, zur Lehre von der Zinsen- und der Konventionalstrafe. (Allgemeine österr. Gerichtszeitung XX. Jahrgang. Neue Folge VI. Jahrgang No. 76.)

⁵⁾ cfr. Seeler, zur Lehre von der Konventionalstrafe § 28.

lich in der systematischen Stellung der über die Konventionalstrafe geltenden Grundsätze in der Lehre des Obligationenrechts und rechtlich darin, dass sie für den Berechtigten ein Recht auf eine Handlung darstellt.

Von einer Konventionalstrafe ist nämlich dann die Rede, wenn jemand eine Leistung verspricht für den Fall, dass er eine andere Leistung nicht vornimmt, oder nicht gehörig vornimmt¹⁾, oder vornimmt.

Das so abgegebene Versprechen ist stets ein Vertrag und unterliegt als solcher auch den allgemeinen Grundsätzen des Vertrages. Aus dem bereits in der Einleitung Gesagten erhellt, dass derselbe hauptsächlich zu Gunsten des Gläubigers und zu Lasten des Schuldners vereinbart wird, denn nur der Gläubiger ist es, in dessen Interesse eine solche Verabredung wirkt, während der Schuldner lediglich ein negatives Interesse an der Verabredung hat, indem er zu der bereits auf seiner Seite bestehenden Verbindlichkeit eine zweite hinzufügt, ohne hiefür ein Aequivalent zu erhalten. Diese dem Schuldner aus dieser doppelten Gebundenheit erwachsende Stellung ist natürlich um so schlechter, je mehr der Gläubiger seine Interessen in dem Pönalvertrag zum Ausdruck bringt. Nicht mit Unrecht drückt sich daher Savigny aus: Die Konventionalstrafe kann als eine, durch Privatwillkür begründete Kriminalanstalt im Kleinen betrachtet werden²⁾. Denn durch die Furcht vor Strafzahlung wird der Schuldner zur Erfüllung der ihm bereits obliegenden Verbindlichkeit angehalten³⁾.

Die zweite Hauptfunktion der Konventionalstrafe besteht nun darin, dass durch sie der Gläubiger von dem oft schwierigen und lästigen Beweis seines Interesses entbunden wird, indem sie dem Gläubiger zur sicheren und reichlichen Entschädigung für das Ausbleiben der für den Schuldner bestehenden Verpflichtung verhilft⁴⁾.

¹⁾ Seeler a. a. O. will von Pönalstipulation nur dann sprechen, wenn dieselbe einer Obligation, welche durch Vertrag begründet ist, hinzugefügt ist.

²⁾ Savigny. Obligationenrecht. II. § 80.

³⁾ l. 1. Cod. de receptis 2. 55. Poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur.

⁴⁾ § 7 J. de V. O. 3. 15, et in huius modi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid eius intersit.

§ 1.

Das Erforderniss einer Hauptobligation.

Dadurch, dass die Konventionalstrafe zu einer bereits bestehenden Verpflichtung hinzutritt, ist vor allem zu prüfen, welche Grundsätze bezüglich des Verhältnisses zwischen dieser Verbindlichkeit und dem Strafvertrage bestehen.

Es herrscht nun über die Notwendigkeit des Bestehens einer Hauptobligation unter den Juristen Streit; ein Teil wie namentlich Seeler a. a. O. ferner Vangerow u. a. verlangen, dass die durch die Konventionalstrafe zu sichernde Leistung schon durch Vertrag, zum mindesten aber durch eine Obligation Rechtsgiltigkeit hat.

Es lässt sich allerdings nun nicht verkennen, dass die meisten Quellenstellen, welche über die Pönalstipulation handeln, immer auf eine Hauptverbindlichkeit ex contractu Bezug nehmen.

Damit ist aber noch auf keine Weise Beweis erbracht, dass dies der einzige Fall der Anwendung von Pönalstipulationen ist, wenn es ja auch wohl der häufigste Anwendungsfall sein dürfte, dass obligationsmässig eingegangenen Verpflichtungen Strafstipulationen beigelegt wurden. Es lässt sich auch gar nicht absehen, warum Verpflichtungen des Schuldners, die auf anderem Wege als durch Obligation begründet worden sind, z. B. durch Gesetz, Delikt etc., nicht auch des Schutzes der Pönalstipulation für den aus dieser Verpflichtung Berechtigten geniessen sollen¹⁾. Ja es dürfte sogar ziemlich häufig der Fall vorkommen, dass zur Sicherung von Bestimmungen, welche in einem Testament angeordnet sind, vom Erblasser Strafen festgesetzt sind, und die Beurteilung solcher Strafen dürfte sich nach Analogie der Konventionalstrafe richten²⁾.

Es ist ja richtig, wie Seeler anführt, dass der Wortlaut l. 137 § 7 de V. O. 45. 1.³⁾ ebenso wie l. 12 de

¹⁾ Aehnlich Pergament a. a. O. S. 8 und Syögren a. a. O. S. 13 ff. Framheim a. a. O. S. 16.

²⁾ cfr. Wilmowsky-Levy Zivilprozessordnung Note zu § 775 Dernburg, pr. Privatrecht II. § 39 a. 3, abweichend Windscheid II. § 386 Abs. 3.

³⁾ Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: „si ita factum non erit at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: si adversus ea factum erit et cum alia fieri, alia non fieri, conjuncte stipulemur, sic comprehendendum: si non feceris, si quid adversus feceris.“

contr. et committ. stipulatione Cod 8. 37¹⁾ und die vielen von ihm citierten Stellen alle von einem Hauptvertrage reden, auf dessen Nichterfüllung die Strafe gesetzt ist.

Ferner ist richtig, dass die l. 44 § 6 D. de O. et A. 44. 7²⁾, was von einigen bestritten wird, auf einen Hauptvertrag Bezug nimmt, der durch die Pönalstipulation quasi noviert wird.

Ebenso ist nicht zu bestreiten, dass l. 15. D. de novat. et delegat 46. 2³⁾ ebenfalls auf einen vorhandenen Hauptvertrag Bezug nimmt, durch dessen Novation der Verfall der Strafe cessiert.

Was endlich die viel umstrittene l. 44 § 5 D. de O. et A. 44. 7. Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? „sola centum in stipulatione sunt in exsolutione fundus.“ betrifft, so ist in diesem Falle ganz deutlich, dass die Pönalstipulation gar nicht Nebenvertrag ist, sondern vielmehr die Prinzipal-Obligation⁴⁾.

Hier hat der Schuldner lediglich eine facultas alternativa, er kann leisten, was er will, und die Leistung dessen, was er zur Erfüllung gewählt hat, befreit ihn auch von jeder Verbindlichkeit; für den Gläubiger aber besteht lediglich ein Anspruch auf die poena⁵⁾.

Des weiteren sind vor allem die l. 68 D. de V. O. 45. 1⁶⁾ und die l. 85 § 6 eod⁷⁾ für die von uns vertretene Ansicht beweiskräftig⁸⁾. Denn in beiden Fällen wird ausdrücklich vom Juristen Paulus gesprochen von einem Pönalvertrag, ohne dass von einer demselben zu Grunde liegenden Hauptobligation die Rede ist, noch lassen die

¹⁾ — sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid vel datum se stipuletur, vel quae stipulator voluit promiserit et addiderit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint certam poenam dabit . .

²⁾ Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris centum videndum utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem.

³⁾ Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committetur stipulatio.

⁴⁾ cfr. Vangerow. pag. 342. a. a. O.

⁵⁾ Hievon zu unterscheiden ist die obligatio alternativa, bei welcher der Schuldner zur Leistung des einen oder anderen Gegenstandes verpflichtet ist, wo also beide Verbindlichkeiten in obligatione sind.

⁶⁾ Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio.

⁷⁾ Item si stipulatio ita facta sit: si fundus Titianus datus non erit centum dari? nisi totus detur poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

⁸⁾ Anderer Ansicht Nettelbladt a. a. O. S. 27 ff.

beiden Stellen irgend wie das Vorhandensein einer solchen erkennen. Jedenfalls darf man nicht mit Seeler, das was man beweisen will, einfach als gegeben subintelligieren.¹⁾

Bei dieser Sachlage erübrigt nur die Annahme, dass eine Pönalstipulation das Vorhandensein einer Hauptobligation nicht notwendigerweise voraussetzt, wenn dies auch in der Regel der Fall sein wird.

Weiters sei noch für unsere Ansicht die vielumstrittene l. 115. § 2 de V. O. 45. 1 angeführt.

Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tam diu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti 'si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?' sed ita concepta sit stipulatio: 'Pamphilum dari spondes? sin on dederis tantum dari spondes?' quod sine dubio veram erit cum it actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Diese handelt von dem Fall, wann die Strafe gefordert werden kann und dabei bespricht sie zwei Fälle von Stipulationen, bei der einen 'Pamphilum dari spondes, si non dederis tantum dari spondes?' liegt eine Hauptobligation zu Grunde, während bei der zweiten, 'si Pamphilum non dederis centum dare spondes?' eine Hauptobligation nicht vorhanden ist, es sind lediglich die centum in petitione. Obwohl nun eigentlich beide Stipulationen denselben Zweck verfolgen, nämlich die Hingabe des Pamphilus zu sichern, dadurch dass bei Unterlassung dieser Leistung 100 vom Schuldner zu zahlen sind, ist

¹⁾ cfr. Seeler a. a. O. pag. 14.

doch die rechtliche Behandlung beider Stipulationsformen eine verschiedene. Es ist zwar in beiden Fällen eine Pönalstipulation vorhanden, aber die eine stützt sich eben auf einen vollständig giltigen Hauptvertrag, während dies bei der anderen nicht der Fall ist.

Ferner ist noch die l. 15 D. de transact 2. 15 anzuführen,

Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius et huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso poena ex stipulatu peti potest,

welche davon handelt, dass die Beifügung einer Strafstipulation zu einem Vertrage zweckmässig sei, weil man nach Auflösung des Vertrages dann immer noch die poena fordern könne. Diese Stelle beweist also deutlich, dass auch nach Auflösung des Vertrages die Strafe geschuldet werde, und dass also eine Pönalabligation rechtswirksam vorliegt, obwohl eine Hauptobligation, die ja aufgehoben ist, nicht mehr vorhanden ist¹⁾.

§ 2.

Konventionalstrafe und unter einer Bedingung fällige Leistung.

Der Vertrag, in welchem eine Konventionalstrafe stipuliert wird, ist seiner äusseren Form nach sehr ähnlich einer unter einer Bedingung versprochenen Leistung.

Dies hat denn auch bei älteren Juristen dazu geführt, auf die Konventionalstrafe die Grundsätze über die Bedingungen anzuwenden.²⁾

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ist aber von Neueren, namentlich Vangerow gezeigt worden, im Anschluss an die bereits oben aufgeführte l. 115 § 2 D. de V. Obl. 45. 1 und an l. 44 § 5 und § 6 D. de O. et A. 44. 7³⁾, in welchen Stellen von den römischen Juristen

¹⁾ Weiteren Beweis dafür, dass eine giltige Hauptobligation nicht Voraussetzung der Giltigkeit der Konventionalstrafe ist, erbringt die bei Verträgen zu Gunsten und Lasten Dritter bedungene Strafe. cfr. unten § 4; cfr. auch Seuff. Arch. XXVIII. 214.

²⁾ Vergl. namentlich Wolff a. a. O. S. 17—67.

³⁾ l. 44 §§ 5 und 6 D. de O et A 44. 7. Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis, centum dare spondes?' sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus. Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum videndum utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.

der einfach bedingte Vertrag, stipulatio quae a condicione incipit: 'si fundum non dederis, centum dare spondes?' scharf der Obligation: 'Stichum hominem dare spondes?', welche durch den Pönalvertrag: 'Si Stichum non dederis decem dare spondes' gesichert ist, gegenübergestellt wird und wo dann auch der Eintritt, der Bedingung für beide Fälle verschieden behandelt ist¹⁾.

Während beim einfach bedingten Vertrag die Stipulation nicht eher verwirkt ist, als bis die Möglichkeit der Leistung nicht mehr vorhanden ist, ist bei der Pönalstipulation die Strafe verwirkt, sobald nur die Möglichkeit der Erfüllung vorhanden war und vom Schuldner nicht erfüllt worden ist.

Dieser Satz bezüglich des Verfalls der Strafe gilt auch, sowohl wenn die Strafe allein gefordert werden, als auch wenn dieselbe kumulativ neben der Hauptleistung beansprucht werden kann²⁾.

In der l. 69 D. de V. O. 45. 1

Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quem ad modum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset poenam stipuletur

unterliegt die Strafe auch einer anderen Beurteilung, als es bei der reinen Bedingung der Fall sein würde.

Zum Schlusse dieser Ausführung sei noch die oben aufgeführte l. 44 § 6 de O et A 44. 7 erwähnt, wo Paulus erklärt, der Eintritt der Voraussetzungen für die Verwirkung der Pönalstipulation hebe die erste Stipulation, die eben durch die Pönalstipulation gesichert werden soll, auf und zwar durch eine Art von Novation; also nicht durch wirkliche Novation wird die erste Verpflichtung aufgehoben, denn diese erheischt eine Veränderung in der causa debendi, während hier jedoch stets dasselbe Ziel erstrebt wird³⁾. Paulus will also nur sagen, dass ähnliche Wirkungen wie bei der Novation eintreten, nämlich: die erste Stipulation ist gewollt, der Schuldner wird

¹⁾ cfr. Nettelbladt a. a. O. S. 33 ff.

²⁾ cfr. l. 115 § 2 D. de V. e. O. 45. 1. Pergament hat a. a. O. S. 8 versucht, die hier bestimmt ausgesprochene Ansicht des Papinian zu entkräften, namentlich durch seine an der Hand der Digestenstellen über die penus legata l. 1 de pen. leg. 33. 9; l. 19 l. 24 pr. quando dies leg. 36. 2; l. 1 § 8 ad. leg. Falc. 35. 2 gemachten Ausführungen.

³⁾ Das ältere römische Recht verlangte sogar Gleichheit der Schuldobjekte, ein Erfordernis, von welchem man in späterer Zeit abwich, cfr. Dernburg II § 59. Anm. 4 und die dort citierten.

durch die Erfüllung derselben auch von jeder Verpflichtung liberiert, die zweite Stipulation wird dann gegenstandslos. Erfüllt der Schuldner jedoch die erste Verbindlichkeit nicht, so treten eben die novationsähnlichen Wirkungen ein. Die frühere Stipulation ist aufgehoben, der Gläubiger kann nicht das Objekt derselben fordern, er kann lediglich die Pönalsumme verlangen. Diese ist, wie sich viele ausdrücken, in petitione oder in obligatione, während das Objekt der ersten Stipulation nur in solutione ist¹⁾).

Betrachten wir also hier das Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen, so haben wir gesehen, dass, ob schon bei der Stipulation 'si Stichum non dederis centum dare spondes?' die Absicht der Parteien auf Leistung des Stichus geht, der Gläubiger doch nur die centum verlangen kann; es ist dies eben die Folge des von den Römern geübten Formalismus; in unserem heutigen Rechte, wo das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge anerkannt ist, da ist lediglich auf den Parteiwillen zu sehen, und das Verhältnis der Hauptleistung zur Strafe nicht mehr nach der Form, sondern nach dem Willen der Parteien zu beurteilen²⁾).

§ 3.

Beschaffenheit der Hauptverbindlichkeit.

Eine besonders wichtige Frage bei der Lehre von der Konventionalstrafe ist die, ob dieselbe auch rechtsverbindlich zur Sicherung einer Verpflichtung stipuliert werden kann, die entweder selbst nicht rechtsverbindlich ist, oder die auf eine ungiltige Obligation gegründet ist. Nachdem wir im Vorstehenden wohl das Erfordernis einer Verpflichtung, sei es dass dieselbe ex contractu oder quasi ex contractu, ex delicto oder quasi ex delicto begründet ist, oder in einem irgendwie sonst eine Verpflichtung erzeugenden Verhältnis beruht, nachgewiesen haben, so müssen wir, da diese Verpflichtung eine Rechtsverbindlichkeit oft mangels Form, oft wegen der Beschaffenheit der Leistung selbst nicht erzeugt, die einzelnen möglichen Verpflichtungsarten und Verpflichtungs-

¹⁾ cfr. Vangerow a. a. O. der in Besprechung des obigen den sehr bezeichnenden und zutreffenden Ausdruck von einem „successiven Verhältnis“ der beiden Obligationen spricht.

²⁾ cfr. Seeler, Nettelblatt, Framheim a. a. O.

gründe untersuchen und deren Verhältnis zu der Pönalstipulation prüfen.

Nachdem wir im vorstehenden die Notwendigkeit eines Hauptvertrages, wie Seeler verlangt, nicht anerkannt haben, so brauchen wir auch nicht die Frage zu erörtern, ob der Hauptvertrag ein giltiger ist, vielmehr müssen wir lediglich prüfen, ob die durch die Konventionalstrafe zu sichernde Leistung Gegenstand einer Verpflichtung sein kann, was z. B. bei unsittlichen oder verbotenen Leistungen nicht der Fall ist — oder ob nicht eben durch Hinzufügung der Strafstipulation an eine an sich ungiltige Verpflichtung doch Rechtsfolgen eintreten, die gerade diese Ungiltigkeit illusorisch machen oder doch wesentlich abschwächen¹⁾.

§ 4.

Die Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter.

Anknüpfend an das soeben Gesagte, sind es vor allem die Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter, welche hier unser Interesse in Anspruch nehmen.

Während im älteren römischen Rechte derartige Verträge absolut keinerlei rechtliche Verbindlichkeit erlangten²⁾, wurde dieses Prinzip doch den mit der Zeit wachsenden Anforderungen gemäss allmählich durchbrochen, indem man einerseits dem Stipulanten selbst ein Klagerrecht auf die Leistung an den Dritten einräumte, sobald er an der Leistung ein pecuniäres Interesse hatte, andererseits in gewissen Fällen dem Dritten selbst eine *actio utilis* gab, um die Leistung zu erzwingen.

Nach modernem gemeinem Rechte aber ist der Dritte stets befugt zu klagen, sobald dies in der Absicht der Kontrahenten gelegen war³⁾.

Wenn auch also das Vorhandensein einer giltigen Verpflichtung im modernen Rechte den Verträgen dieser Art die Beifügung einer Konventionalstrafe gestattet, so ist bezüglich des römischen Rechtes wo Verträge zu Gunsten⁴⁾

¹⁾ cfr. Syögren a. a. O. S. 21 ff. über die Verstärkungsbedürftigkeit gewisser Verkehrsgebilde.

²⁾ *nemo facti alienum promittendo obligatur* l. 38 pr. D. V. O. 45. 1.

³⁾ cfr. Dernburg, Pandekten II. Bd. § 18.

⁴⁾ cfr. l. 38 § 17. D. de V. O. 45. 1 § 19. 20. I. de inut. stipul 3. 19. *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huius modi obligationes ad hoc ut unus quisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest*

und Lasten Dritter prinzipiell¹⁾ keinerlei Wirkung²⁾ hatten und dennoch mit Konventionalstrafen gesichert werden konnten, noch einiges zu sagen.

Mit vollem Rechte weist Syögren³⁾ auf die Verkehrsentwicklung hin, die solchen Verträgen Rechtsbestand zu geben suchte. Nachdem aber dies auf direktem Wege unmöglich war, so suchte man dies indirekt zu erreichen durch Hinzufügung der Pönalstipulation, deren Giltigkeit man anerkannte.

Primär ist die Leistung an einen Dritten bzw. die Leistung eines Dritten gewollt, dieselbe hat rechtlich keine Wirkung, es ist eine wie man sich wohl ausdrücken kann, Quasiverpflichtung, oder Naturalverpflichtung, deren Erfüllung durch die Hinzufügung der rechtlich wirksamen Pönalstipulation bezweckt wird.

Vollkommen richtig sagt deshalb Syögren: „Bei Verträgen zu Gunsten Dritter übt die Erfüllung des Vertrages nicht die Funktion der Abwendung einer Strafe aus, sondern sie ist Erfüllung einer Verbindlichkeit, die in den Quellen weder als civilis noch als naturalis obligatio anerkannt ist“.

Das eben Gesagte gilt nun auch für den, einen Dritten belastenden Vertrag. Dadurch, dass einem solchen Vertrage eine Pönalstipulation hinzugefügt wird, übernimmt der promissor poenae die Sorge dafür, dass die Leistung des Dritten vorgenommen werde, l. 81 pr. D de V. O. 45. 1⁴⁾.

mea. plane si velim hoc facere poenam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

Vergleiche auch den fast gleichlautenden Text der § 19 Just. de inutil. stipulat. 3. 19 und § 20 Inst. de inutil. stipulat. 3. 19.

¹⁾ l. 38 § 1 und 2 D. de V. O. 45. 1. § 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. § 2. At si quis velit factum alienum promittere poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores. Ebenso § 21. Inst. de inutil. stipul. 3. 19. Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.

²⁾ cf. Dernburg Bd. II. § 18 und Windscheid Bd. II § 316 S. 221 und auch hier S. 19 und 20; ferner Hellwig Arch. f. civ. Prax. Bd. 86. S. 241 ff.

³⁾ Syögren a. a. O. § 6.

⁴⁾ cfr. Seeler S. 65 ff. Nettelbladt S. 31 und für unsere Ansicht Syögren S. 55.

— et verum est quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet.

Diese Stelle ist ein neuer Beweis für unsere Ansicht, dass die Konventionalstrafe keinen Hauptvertrag und keine Hauptobligation voraussetzt, vielmehr nur bestimmt ist, eine Verpflichtung, sei es dass dieselbe bereits rechtliche Anerkennung gefunden hat, sei es, dass dieselbe nur eine abgeschwächte rechtliche Wirkung äussert als Quasiverbindlichkeit oder naturale Verpflichtung, auf deren Erfüllung ähnlich wie bei der obligatio naturalis kein rechtlicher Zwang besteht, deren Erfüllung aber im Rechtsgefühl als gerecht und billig erscheint, zu sichern und das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung zu fixieren.

Treffend bezeichnet Syögren dies mit den Worten: „Die Schwäche der Legaldisposition wird ergänzt durch die Stärke der Privatdisposition.

§ 5.

Unmögliche und verbotene Leistungen im Verhältnis zur Pönalstipulation.

Ist die Konventionalstrafe einer Verbindlichkeit hinzugefügt, welche unmöglich ist, dann ist auch die Pönalstipulation ungiltig, wie die l. 69 D. de V. O. 45. 1 beweist¹⁾ ²⁾.

Si homo mortuus sit sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur.

Diese Entscheidung ist auch vollkommen dem Zweck der Strafbestimmung entsprechend. Denn, wenn die von den Kontrahenten gewollte Hauptleistung unmöglich ist, so kann ja auch keine Konventionalstrafe deren Erfüllung sichern.

Diese Unmöglichkeit der primär zu erfüllenden Leistung kann nun teils aus faktischen Gründen, teils aus Rechtssätzen hergeleitet sein.

Für die Fälle der ersteren Art ist selbstverständlich, dass Unmögliches nicht geleistet werden kann¹⁾, also auch die zur Erfüllung einer solchen Leistung vereinbarte

¹⁾ Mit Bezug auf diese Stelle weist Vangerow a. a. O. sehr richtig die Verschiedenheit der Pönalstipulation von dem bedingten Vertrag nach.

²⁾ Ueber die Pönalstipulation bei Verträgen, deren Unmöglichkeit dem Gläubiger erst nach Vertragsabschluss bekannt wird, siehe Seeler S. 27.

³⁾ Denn: Impossibilium nulla obligatio est. l. 185 D. de reg. iur. 50. 17

Konventionalstrafe¹⁾ deshalb gegenstandslos wird, weil keinerlei Erfüllung möglich ist, welche Grundlage der Pönalstipulation ist. Darin teilt die Pönalstipulation die Natur der Bedingungen, denn ist ein Versprechen unter Lebenden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung gegeben, so wird dasselbe hiedurch vernichtet.

Der Unterschied zwischen den Bedingungen und den Pönalstipulationen in diesem Punkte besteht darin, dass bei der Konventionalstrafe, wie bereits ausgeführt, eine Verbindlichkeit vorausgesetzt wird, zu deren stärkeren rechtlichen Wirkung eben die Konventionalstrafe gesetzt ist, während bei der einfach bedingten Stipulation keinerlei Verpflichtung zu der bedingenden Handlung besteht, so dass es lediglich im Belieben des Betreffenden steht, ob er die bedingte Handlung herbeiführen will oder nicht. Daraus erklären²⁾ sich auch die hier einschlägigen Quellenstellen, nämlich die oben Seite 16 angeführte l. 69. D. de V. O. 45. 1 und die l. 8. D. de V. O. 45. 1.

In illa stipulatione: „si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes? mortuo homine quaeritur an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus expectandum diem actori putant, quod est verius: Tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest.

Sed cum eo, qui ita promisit: „si intra kalendas digito caelum non tetigerit“ agi protinus potest. haec et Marcellus probat.

Erstere behandelt nämlich die auf eine unmögliche Verbindlichkeit stipulierte Strafe, welche nicht verwirkt wird; letztere behandelt eine einfach bedingte Stipulation, deren Bedingung in dem Unterlassen einer unmöglichen Bedingung besteht; in letzterem Falle nun sagt Paulus, dass ein unter einer solchen Bedingung gegebenes Versprechen sofort klagbar wird, die Bedingung ist hier eine uneigentliche, lediglich in der Form erscheinende, in Wahrheit liegt eine unbedingte Stipulation vor. Diese beiden Stellen kennzeichnen sehr treffend den begrifflichen Unterschied zwischen Pönalstipulation und einfach bedingter Stipulation, von dem wir bereits oben gesprochen.

Es erübrigt uns noch, zu besprechen die Fälle der zweiten Art, in welchen die Hauptverbindlichkeit einen

¹⁾ l. 69. D. de V. O. 45. 1

²⁾ cfr. hiezu Seeler a. a. O. § 4 und Wolff a. a. O. pag. 47 ff. und Nettelbladt a. a. O. pag. 41.

unsittlichen Inhalt hat oder vom Gesetze strikte verboten ist¹⁾).

Es ist klar, dass derartige Handlungen nicht in fraudem legis herbeigeführt werden dürfen dadurch, dass eine Konventionalstrafe auf die Vornahme einer solchen Handlung bzw. Unterlassung einer gebotenen Handlung gesetzt ist.

Dazu gehören vor allem vom objektiven Rechte oder vom Sittengesetze verbotene Handlungen, für welche namentlich l. 123 D. de V. O. 45. 1.

Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio ab initio non valet.

den massgebenden Satz der Ungiltigkeit ausspricht, ferner solche Handlungen, welche Ausfluss von unveräusserlichen Persönlichkeitsrechten sind, wie l. 61. D. d. V. O. 45. 1.

Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio
ein Beispiel giebt, endlich solche, bei welchen eben durch Hinzufügen der Konventionalstrafe und den dadurch herbeigeführten psychischen Zwang ein Verstoss contra bonos mores liegt. Im letzteren Fall²⁾ liegt das Sittenwidrige nicht in der Vornahme oder in der Unterlassung der betreffenden Handlung, sondern in dem durch die Beisetzung der Konventionalstrafe bewirkten psychischen Zwang. Demnach ist neben einem Darlehen der Strafvertrag ungiltig, unter welchem wucherische Zinsen, nur unter anderm Namen versteckt werden^{3) 4)}.

Ferner ist ungiltig, die Hinzufügung einer poena zu einem Vertrag, welcher die Freiheit des Erblassers in in den Anordnungen seines letzten Willens beschränkt. (l. 61. D. V. O. 45. 1), ebenso der Strafvertrag, welcher die

¹⁾ Vgl. Nettelbladt pag. 42 ff. und Seeler a. a. O. § 5 pag. 27 ff. ferner Fitting, Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingung im Archiv für civ. Prax. Bd. 56 S. 420. Ravit, zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen. Archiv für civ. Prax. Bd. 50 S. 1—69. Arndt's: gesammelte civilistische Schriften S. 26 ff. ferner Vangerow, Pandekten I S. 137 ff.

²⁾ cfr. Seeler a. a. O.

³⁾ l. 44. D. de usuris 22. 1. Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum est.

⁴⁾ l. 13 § 26. de act. emti 19. 1. Ibidem Papinianus respondisse se refert si conveneris, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionem videri adiectum, quod usuram legitimam excedit.

Freiheit in der Eingehung oder Auflösung der Ehe beschränkt¹⁾ ²⁾).

Dagegen ist eine Konventionalstrafe vollkommen wirksam versprochen, wenn dadurch die Unterlassung einer unsittlichen Handlung gesichert werden soll, wenn wie die Quellen sagen eine *ex bonis moribus concepta stipulatio* vorliegt. Dies beweist l. 121. § 1 D. V. O. 45. 1.

Stipulationis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier, impleta condicione pecuniam adsequi non possit.

§ 6.

Konventionalstrafe bei Verpflichtungen ohne Vermögenswert³⁾).

Zu den am meisten bestrittenen Punkten in der Lehre von der Konventionalstrafe gehört die Frage, ob der Gläubiger, der sich die Konventionalstrafe stipulieren lässt, an der Hauptobligation ein Interesse haben muss und wie dieses etwaige Interesse beschaffen sein muss.

Wir haben hier gar keinen Anlass auf die ebenso bestrittene Vorfrage, ob ein Vertrag gültig ist, der eine nicht vermögenswerte Leistung zum Gegenstand hat, einzugehen, nachdem wir ja schon die Notwendigkeit einer gültigen Hauptobligation nicht anerkannt haben⁴⁾.

¹⁾ l. 134. pr. D. de V. O. 45. 1. Titia quae et filio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione, respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

²⁾ l. 2 Cod. de inut. stipul. 8. 39. Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

³⁾ Vgl. Hellwig, über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Arch. für civ. Prax. Bd. 86 S. 236 ff.

⁴⁾ Vergleiche aber die eingehende Erörterung dieser Frage bei Sceler a. a. O. S. 48 und ff.

Massgebend für uns sind die bereits oben (S. 14 u. 15) citierten Quellenstellen §§ 19 und 21 Inst. 3. 19 und l. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1.

Ausdrücklich ist in diesen Stellen¹⁾ darauf hingewiesen, dass die Stipulationen zu Gunsten und zu Lasten Dritter im allgemeinen ungiltig sind²⁾, weil man kein unmittelbares Interesse an dieser Leistung hat. Aber die, solchen Stipulationen beigefügten Strafen sind giltig, so dass wir also auf Grund dieser Stellen allein schon sagen können: „Es ist vollkommen gleichgiltig, ob in der Hauptleistung, welche durch die Pönalstipulation gestützt werden soll, ein Interesse für den Gläubiger gegeben ist oder nicht; die Hauptleistung darf nur nicht so beschaffen sein, dass sie, wie wir kurz vorher erörtert haben, entweder thatsächlich oder rechtlich unmöglich ist.

Dieser Standpunkt des römischen Rechts ist aber auch vollkommen gerechtfertigt. Es ist ja, wie wir schon gesehen haben, eben das Ziel der Konventionalstrafe, eine schwache Legaldisposition durch Privatdisposition (um Syögrens Worte zu gebrauchen) zu stärken, eine rechtlich wenig in Betracht kommende Leistung eben indirekt zu erzwingen.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist der, dass gerade durch Hinzufügung der Pönalstipulation das Interesse, welches vorher für den Gläubiger nicht vorhanden war, geschaffen wird.

Während also die von beiden Kontrahenten gewünschte Leistung nicht auf dem Wege der Klage erreicht werden kann, ist dies doch der Fall hinsichtlich der ausbedungenen poena³⁾ ⁴⁾.

Was aber deren Beschaffenheit anbelangt, so tritt hier wiederum das allgemeine Erfordernis einer jeden

¹⁾ Vergleiche noch l. 3 § 1 D. de V. O. 45. 1. Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest nisi poena subjecta sit: nam poena subjecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes; interest enim prohibiti a nemine prohibere.

²⁾ Siehe hier S. 14 ff.

³⁾ l. 38. § 17 V. O. 45. 1 poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio in stipulatione.

⁴⁾ Vgl. auch Speka die Konventionalstrafe als Interessersatz, der in Kapitel VII eine andere Ansicht vertritt; vgl. ferner Syögren a. a. O. S. 65 ff. und die dort aufgeführten Quellenstellen.

Obligation hervor. Die als Strafe ausbedungene Leistung muss der Vermögenssphäre angehören¹⁾ ²⁾ sie muss aber derart beschaffen sein, dass sie der Schuldner leisten kann³⁾ ⁴⁾.

Diese speziellen Sätze sind nur die Folge des allgemeinen Prinzips, dass die Pönalstipulation ein Vertrag ist und für sie deshalb natürlich auch alle für die Verträge geltenden Rechtssätze in Anwendung zu kommen haben.

§ 7.

Ist die Konventionalstrafe der freien Vereinbarung der Kontrahenten anheimgegeben oder bestehen bezüglich derselben gesetzliche Beschränkungen?

Für die von manchen vertretene Ansicht, dass die Höhe der Konventionalstrafe beschränkt sei und ein gewisses Mass nicht übersteigen dürfe, wird die l. un § 1 de sent quae pro eo quod interest. Cod. 7. 47⁵⁾ angeführt und auf Grund derselben behauptet, die Konventionalstrafe dürfe das Doppelte des Interesses nicht übersteigen.

Aber vollkommen mit Unrecht! Diese Stelle spricht lediglich vom Interesse, während viele andere Quellenstellen bezüglich der Konventionalstrafe keinerlei Grenzen angeben. Auch ist es nicht zulässig, das was in der angeführten Stelle vom Interesse gesagt ist, einfach auch auf die Konventionalstrafe übertragen zu wollen. Beide Begriffe sind zu verschieden, und wenn auch die Konventionalstrafe schon im römischen Rechte allmählich an-

¹⁾ cfr. auch Hartmann, Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden. Braunschweig 1868 S. 49. Anmerkung 1.

²⁾ l. 9. § 2 D. de statuliberis 40. 7. ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest.

³⁾ l. 126 § 3 D. de V. O. 45. 1. Si ita stipulatus fuero te sisti et nisi steteris, aliquid dari, quod promittendi impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.

⁴⁾ l. 97. pr. D. de V. O. 45. 1. Si ita stipulatus fuero: „te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?“ proinde erit, atque „te sisti“ solummodo stipulatus essem.

⁵⁾ Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti, in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

fängt, ein Surrogat des Interesses zu werden, und die Strafnatur abzustreifen, so ist doch noch zuviel von letzterer vorhanden, um den oben citierten, lediglich für das Interesse bestimmten Satz auch auf die Konventionalstrafe ausdehnen zu können.

Vielmehr sprechen der in l. 38. § 17 D. V. O. 45. 1. ausgesprochene Satz: *poenam cum stipulatur quis non illud inspicitur quid intersit sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis*¹⁾, ferner

l. 32 pr. D. de recept 4. 8. „Non destinguemus in compromissis minor an maior sit poena quam res de qua agitur“.

l. 56. pr. D. de evict. 21. 2.²⁾ „Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quatruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit.“

Eine Beschränkung der Konventionalstrafe ist nur für den Fall gegeben, dass dieselbe etwa dazu dienen sollte, einen Zinswucher zu verschleiern, indem der Stipulator auf die verspätete Zahlung von Forderungen eine das gesetzliche Zinsmaximum übersteigende Strafsumme sich versprechen lässt. Dies zeigt die oben (S. 18) citierte

l. 44. D. de usuris. 22. 1. und

l. 9. pr. D. eod. 22. 1.³⁾ *Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere.*

In den bisherigen Ausführungen ist lediglich behandelt worden, welche Erfordernisse erfüllt sein müssen, um einer Pönalstipulation rechtsverbindliche Kraft zu geben; im nachstehenden nun soll gezeigt werden, wie sich diese Kraft äussert, welche Rechtswirkungen die Konventionalstrafe namentlich auch durch das Verhältnis zur Hauptverbindlichkeit erzeugt.

§ 8

Verfall der Strafe.

Die in der Pönalstipulation ausbedungene Leistung verfällt (*poena committitur*), d. h. der Promittent kann mit Klage auf Leistung des in der Pönalstipulation Aus-

¹⁾ Vgl. Vangerow a. a. O. pag. 339. Holzschuher Bd. III pag. 296. Neuenfeldt a. a. O. S. 42. Unterholzer Schuldverhältnisse Bd. I. S. 250.

²⁾ Vgl. ferner l. 2. D. de evict. 21. 2 und die schon oben (S. 18.) citierte l. 13 § 26 D. de act emti 19. 1.

³⁾ ferner l. 15. Cod. de usuris 4. 32.

bedungenen belangt werden, sobald die Bedingung des Zuwiderhandelns gegen die Hauptverbindlichkeit eingetreten ist.

Geht diese auf etwas negatives, also auf die Unterlassung irgend einer Handlung, so ist die Strafe verfallen, sobald das vorpönte Thun von Seite des Schuldners geschehen ist¹⁾.

Geht jedoch die Hauptverbindlichkeit auf ein positives Thun, so muss man unterscheiden ob die Vornahme innerhalb einer bestimmten Frist geschehen soll oder nicht.

Im ersteren Falle ist die Strafe verfallen, sobald die Frist abgelaufen ist, ohne dass der Schuldner die betreffende Thätigkeit vorgenommen hat. Es ist hiebei durchaus nicht Mahnung erforderlich²⁾.

Im zweiten Falle, wo also keine Frist für Erfüllung der Verpflichtung gestellt ist, ist der herrschenden Meinung³⁾ nach, lediglich ex sententia contrahentium zu ent-

¹⁾ l. 122. § 6 D. de V. O. 45. 1. Duo fratres hereditatem inter se dividerunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab here dibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.

²⁾ l. 23. D. de O. et A. 44. 7. Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius quoque qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere disierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat, consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset: poenam peti posse: amplius nec etiamsi omnino interpellatus non esset: aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum et si is qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset poenam non committi. de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat: nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur.

und namentlich l. 12. Cod. de contr. et commitend. stipul. 8. 37. Magnam legum veterum obscuritatem, quae protahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut si quis certo tempore facturum, se aliquid vel daturum se stipuletur, vel quae stipulator voluit promiserit et addiderit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam adimere, quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

³⁾ Ueber die Frage, wann auf die Konventionalstrafe geklagt werden kann, wenn es sicher ist, dass die ausbedungene Leistung nicht mehr bis zum Termine geletzt werden kann, siehe Windscheid a. a. O. § 285 a. 2

nehmen, wann sie die Verwirkung der Strafe eingetreten wissen wollen. So kann es Absicht der Parteien sein, dass die Konventionalstrafe verfällt, wenn auf Aufforderung des Gläubigers hin nicht geleistet wird, oder dass Verwirkung eintrete, wenn der Schuldner überhaupt nicht leistet, oder endlich, dass die Parteien sofortige Fälligkeit gewollt haben⁴⁵⁾. Teilweise⁴⁶⁾ und verspätete, überhaupt unrichtige Erfüllung der Leistung können ebenfalls den Verfall der Strafe nicht hindern, es sei denn, dass die Absicht der Parteien für diesen Fall Nichtverwirkung der Strafe gewollt hat. Bezüglich des letzteren Punktes ist jedoch streitig, ob der Schuldner nicht sich bis zur Litiskontestation durch Erfüllung von der Konventionalstrafe befreien kann.

Mit Recht weist bezüglich dieser strengen Vorschriften Neuenfeldt auf den Strafcharakter, welcher hier zu Tage tritt, hin, so dass hier die Schadenersatztheorie zurücktritt, denn sonst müsste ja bei teilweiser Erfüllung auch teilweise Ermässigung der Strafe eintreten.

Endlich ist noch hier die vielfach bestrittene Frage zu besprechen, ob zur Verwirkung der Strafe von Seite des Schuldners culpa gehört. Vom Standpunkt der reinen Straftheorie aus müsste man dies bejahen.

In den Quellenstellen nun ist hier scheinbarer Zwispalt, indem nämlich teils Stellen das Erforderniss der culpa aufstellen, andere wieder culpa zur Verwirkung der Strafe nicht verlangen.

Trotz dieses Widerspruches steht mit Recht die herrschende Meinung auf dem Standpunkte, dass culpa des Promittenten zum Verfall der Strafe nicht erforderlich ist.

Die wenigen Stellen, aus welchen das Gegenteil dieser Ansicht sich ergeben würde, sind alle stipulationes praetoriae, d. h. Verträge der Parteien dahingehend, richterliche Befehle oder prozessuale Leistungen zu sichern, welche unter Mitwirkung des Prätors oder doch wenigstens vor demselben geschlossen wurden. In solchen Fällen ist es nur natürlich, wenn der Strafverfall erst dann ein-

⁵⁾ cfr. Windscheid a. a. O. Holzschuher a. a. O. Nettelblatt a. a. O.

⁴⁾ cfr. Vangerow und Windscheid; vgl. auch die oben (S. 9) citierte l. 85. § 6 D. de V. O. 45. 1; ferner l. 5 §§ 3 und 4 D. de V. O. 45. 1. l. 22 § 6 und l. 4 §§ 1 und 2 eodem. l. 9 § 1 D. si quis caut. 2. 11; l. 25 § 13 D. famil. ercisc. 10. 2. l. 2. § 6 und l. 3 D. de V. O. 45. 1.

tritt, wenn dem Promittenten ein Verschulden wegen Nichteinhaltung der übernommenen Verpflichtung imputiert wird. Objektiv wäre auch in diesem Falle, ohne dass der Nachweis eines Verschuldens auf Seite des Promittenten erbracht würde, die poena verfallen, aber der Prätor gewährte in diesem Falle dem schuldlosen Promittenten eine exceptio.

Die hier in Betracht kommenden Stellen sind:

l. 2. § 1 D. si quis caut. 2. 11. „Si quis municipalis muneris causa sine suo dolo malo impeditus in iudicio secundum suam promissionem non stetit, aequissimum est ei tribui exceptionem.“

l. 2. § 3 D. si quis caut. 2. 11. Si quis iudicio se sisti promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito¹⁾.

Dagegen besagen ausnahmslos die Quellenstellen, welche sich auf stipulationes conventionales, d. h. auf solche Verträge, welche von den Parteien frei ohne jegliche richterliche Einwirkung geschlossen worden sind, beziehen, dass bei diesen culpa des Promittenten nicht vorhanden zu sein braucht.

Es sind dies vor allem:

l. 77. D. de V. O. 45. 1. Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur poena, licet non sit hereditas adita.

l. 9. D. de naut. foen. 22. 2. Si traiecticiae pecuniae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.

l. 22. pr. D. ad. leg. Aquil. 9. 2. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.

Ist jedoch durch Verschulden des Gläubigers die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich geworden, so verfällt die Strafe natürlich nicht, dem Promittenten steht in diesem Falle die exceptio doli zur Seite²⁾.

¹⁾ Weitere hieher gehörige Quellenstellen sind: l. 4 § 1 D. si quis caut. 2. 11. l. 21. § 9 D. de recept. 4. 8; l. 23. § 1 D. eodem.

²⁾ Vgl. l. 1 § 3 D. de eo per quem factum erit. 2. 10. Si reus dolo actoris non steterit, non habebit reus adversus eum actionem ex hoc edicto, cum contentus esse possit exceptione si ex stipulatu conveniatur de poena, quod ad iudicium non venerit; ferner vgl.

§ 9.

Wirkung der Poenalstipulation durch Eintritt ihres Verfalls.

Ist die Bedingung der Pönalstipulation existent geworden, d. h. hat der Schuldner seine ihm obliegende Verpflichtung nicht erfüllt, ist also die Strafe verwirkt, so eröffnet sich die Frage: In welchem Verhältnis stehen materiell Pönalstipulation und Hauptverbindlichkeit. Schliesst die Geltendmachung der einen den Anspruch auf die andere aus, oder kann der Gläubiger beide Ansprüche geltend machen, endlich ist es möglich, neben der Strafe noch die Differenz zwischen Interesse und poena zu fordern. Betrachtet man die hier einschlägigen zahlreichen Quellenstellen, so scheint auf den ersten Blick jede der drei Möglichkeiten gegeben zu sein.

So ist nach:

L. 16. D. de transact. 2. 15. Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte proneiserat, praestare cogetur.

l. 17. Cod. de transact. 2. 4. Cum proponas ab ea, contra quam supplicas, litem quam tecum habuit transactione decisam eamque acceptis quae negotii diremendi causa placuerat dari nunc de conventionione resiluisse, ac petas vel pacto stari vel restitui data, perspicias, si quidem de his reddendis manente transactionis placito statim stipulatione, si contra fecerit, prospexisti et quiuque et viginti annis maior fuit, quod exceptionem pacti et actionem datorum habeas: quod si nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam eorum, quae dedisti repetitio competit securitate parta.

ferner nach der oben angeführten l. 122. § 6 D. de V. O. 45. 1 und l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1 und l. 122 § ult. D. de V. O. 45. 1 dem Gläubiger das Recht gegeben, Strafe und Erfüllung der Verbindlichkeit zu fordern, während die meisten anderen Quellenstellen dem Gläubiger das Recht gewähren, alternativ entweder Strafe oder Erfüllung zu verlangen.

l. 8. D. de naut. foen. 22. 2. Servius ait pecuniae traiecticae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitum accipiat. l. 23. § 3. D. de receptis 4. 8. Idem Celsus ait, si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iusserit, tu accipere noluisti, posse defendi ipso iure poenam non committi. Ferner l. 40. D. eodem und l. 122 § 3 D. de V. O. 45. 1.

Man muss aber hier vor allem unterscheiden, welchem Zwecke die Konventionalstrafe dienen soll, ob sie lediglich die richtige und rechtzeitige Erfüllung, oder die Erfüllung überhaupt sichern soll. Im ersteren Falle ist es klar, dass neben dem Strafanspruch auch noch der Anspruch auf Leistung der Verbindlichkeit fortbesteht¹⁾, wie dies auch bei Pönalstipulationen zur Sicherung der ganzen Verbindlichkeit dann der Fall ist, wenn die Klausel *ratio manente pacto* der Pönalstipulation hinzugefügt worden ist. Dieses kumulative Verhältnis ist im Zweifel also nicht anzunehmen, im Zweifel ist lediglich alternative Haftung des Schuldners anzunehmen, so dass demnach der Gläubiger entweder die Strafe verlangen kann, oder auch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Das gilt jedoch nicht so allgemein. Man muss hier im römischen Rechte unterscheiden zwischen der Pönalstipulation, welche sich an keinem materiellen Kontrakt anschliesst und einer solchen, welche lediglich zur Sicherung eines solchen dient, und welche letztere wohl heutzutage noch allein praktisch sein wird.

Für die Fälle der ersteren Art ist namentlich die l. 44. § 5 D. 44. 7. (Text siehe oben S. 11) typisch, in welcher Paulus darauf hinweist, dass lediglich die *centum* in stipulatione sunt, während *fundus* nur in *exsolutione*.

Der Schuldner hat in diesem Falle die *facultas alternativa* entweder dem *fundus* zu geben oder 100 zu zahlen, während für den Gläubiger lediglich die 100 in *petitione* sind.

Bei der zusammengesetzten Form der Pönalstipulation: *Stichum hominem dari spondes? si non dederis centum dari spondes?*²⁾ sind schon 2 Obligationen vorhanden, und *Stichus* sowohl als auch die *centum* in obligatione, aber für den Schuldner sind immer noch der *Stichus* sowohl als auch die *centum* in solutione, während der Gläubiger immer nur die *centum* klageweise einfordern kann³⁾.

¹⁾ Hier ist natürlich von kumulativer Haftung nicht die Rede, es ist lediglich alternative Haftung; neben der Forderung der Konventionalstrafe, welche auf nicht richtige oder rechtzeitige Erfüllung gesetzt ist, kann immer noch die Hauptverbindlichkeit verlangt werden.

²⁾ Ueber die hier einschlägige Frage der Quasinnovation siehe oben (S. 14.)

³⁾ Vgl. hiezu die sehr treffenden Bemerkungen von Neuenfeldt a. a. O. über den hier massgebenden Unterschied zwischen Pönalstipulation und Wandelpön (*mulcta poenalis*).

Dies wird namentlich auch immer dann der Fall sein, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht klagbar ist, auf deren Sicherung die Pönalstipulation vereinbart ist, z. B. bei Verträgen zu Gunsten Dritter u. s. w.

Ganz anders liegt die Sache bei den Pönalstipulationen, die sich an materielle Kontrakte anschliessen. Hier hat der Gläubiger die Wahl, entweder die Strafe einzufordern oder die Erfüllung zu verlangen, bezw. den ihm durch Nichterfüllung zugefügten Vermögensnachteil — sein Interesse — zu beanspruchen¹⁾. Der Schuldner dagegen hat hier nicht mehr die Möglichkeit, sich durch Leistung der Konventionalstrafe von der Erfüllung der ursprünglichen Obligation zu befreien²⁾; nun sind beides, sowohl Strafe also auch Erfüllung in obligatione und in petitione. Es gelten dann hier nur noch die allgemeinen Regeln der Klagenkonkurrenz; insoweit der Gläubiger sowohl mit der Kontraktsklage das gleiche erlangen würde als mit der Klage der Pönalstipulation, absorbiert die Geltendmachung der einen auch die andere.

Soweit aber der Gläubiger mit der einen oder der anderen Klage mehr erhalten würde, kann er immer noch das plus nachfordern.

Dies beweisen die l. 41. D. pro socio 17. 2. Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.

l. 42. D. eodem. Quod si ex stipulatu eam consecutus sit postea pro socio agendo hoc minus accipiet, poenam ei in sortem accipiet.

l. 28. D. de act. emt. 19. 1. si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.

So ergiebt sich bei der anfangs auffälligen Erscheinung der 3 Möglichkeiten doch ein bestimmtes Prinzip zu erkennen, nämlich dass auch hier sich der allmählich geltend machende und immer mehr dominierende Character der Konventionalstrafe als Interesse und Schadenersatz des Gläubigers zu dienen, vorherrscht, ohne dass sich jedoch alle daraus entspringenden Konsequenzen

¹⁾ l. 41. 42. 71. D. pro socio 17. 2. l. 122. § 2 D. 45. 1; l. 4 § 7 D. de dol. mal. 44. 4; l. 28 D. de act. emt. 19. 1; l. 14 Cod. de pactis 2. 3; l. 10 § 1 D. de pactis 2. 14; l. 15. D. de transact. 2. 15; l. 12 § 2 D. de pactis dotal. 23. 4; l. 4 Cod. de transact. 2. 4. Vgl. ferner Seuff. Arch. Bd. 3 No. 38; Bd. 27 No. 222.

²⁾ l. 40 Cod. de transact. 2. 4.

ziehen lassen, weil doch noch immer einige Merkmale der Strafnatur vorhanden sind, z. B. in dem Falle, wo die Poena das Interesse weit übersteigt, ist es doch dem Gläubiger möglich, die poena einzufordern, ohne dass eine Ermässigung eintreten würde.

§ 10.

Teilbarkeit und Cessibilität der Strafe.

Ist auf gläubigerischer Seite eine Mehrheit von Personen vorhanden, die sich die Strafe hat stipulieren lassen, dann fragt es sich, wie nach Verfall der Strafe sich die Ansprüche der mehreren gestalten. Hier ist zu sagen, dass alle Gläubiger pro rata die Strafe verlangen können¹⁾.

Ist aber auf schuldnerischer Seite eine Mehrzahl vorhanden, so muss man wieder unterscheiden, ob nämlich die Hauptverbindlichkeit teilbar ist oder nicht. Ist nämlich die Hauptverbindlichkeit teilbar, so ist, auch wenn ein Teil geleistet ist, die ganze Strafe verwirkt. Derjenige Mitschuldner aber, welcher seinen Teil an der Hauptverbindlichkeit erfüllt hat, hat sobald er für die Strafe haftbar gemacht wird, Regress gegenüber den mit seiner Teilleistung im Verzug befindlichen Schuldner.

Dies beweist die l. 5 §§ 3a und 4 D. de V. O. 45. 1.

§ 3a. Si sortem promiseris et si ea soluta non esset, poenam: etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilo minus poenam committet, donec portio coheredis solvatur.

§ 4. Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiae iudicis: sed a coherede ei satisfieri debet. nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui petest.

Ferner die oben (S. 9) citierte l. 85 § 6 D. de V. O. 45. 1²⁾.

Bei einer unteilbaren Hauptverbindlichkeit aber muss die Strafe entrichtet werden von allen nach den einzelnen auf sie treffenden Quoten.

l. 85. § 3 D. de V. O. 45. 1. Quodsi stipulatus fuero: per te heredemve tuum non fieri quominus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari? et unus ex

¹⁾ cfr. Nettelbladt pag. 63, cfr. Vangerow, § 567 I No. 3, cfr. Neuenfeldt pag. 36 ff.

²⁾ Vgl. ferner die l. 25 § 3 D. fam. erciscund. 10. 2; vgl. ferner die l. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1.

pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum¹⁾,

in welcher Stelle auch das Regressrecht des Schuldners gegen die säumigen Mitschuldner zum Ausdruck gelangt.

Was des weiteren die Frage der Cessibilität²⁾ der Konventionalstrafe anbelangt, so ist es wohl selbstverständlich, dass dieselbe möglich ist, soferne sie mit der Hauptverbindlichkeit, zu deren Sicherheit sie dient, erfolgt. Ohne dass dieses Hauptrecht cediert wird, ist eine Cession der Strafe nur dann möglich, wenn sie bereits fällig geworden ist, es hindert daran nicht der Umstand, dass, wie oben ausgeführt, eine Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers vorhanden ist. Mit dem Verfall der Strafe löst sich der Anspruch auf die versprochene Strafe von dem Hauptrecht los und bildet ein mit der Klage auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, — soferne diese überhaupt klagbar ist — konkurrierendes Recht, das sehr wohl selbständig übertragen werden kann. Eine Cession der Konventionalstrafe, die noch nicht verfallen ist, ohne jedoch damit auch zugleich die Hauptverbindlichkeit zu cedieren, ist unmöglich. Es würde dies vollkommen dem Zwecke der Konventionalstrafe einerseits als Sicherungs- und Bestärkungsmittel, andererseits als Schadenersatz zu dienen, zuwiderlaufen. Denn würde die Strafstipulation cedierbar sein, dann würde ja gerade das Moment, wozu sie dient, nämlich den Gläubiger darin zu sichern, dass die Hauptverbindlichkeit erfüllt wird, wieder verloren gehen, während von dem Standpunkte aus, dass die Konventionalstrafe auch den Schadensersatz bezweckt, hier der Gesichtspunkt massgebend wird, dass Schaden nur derjenige haben kann, dem die Hauptforderung zusteht; werden also beide Stipulationen getrennt, dann kann desjenigen Interesse, dem die Strafe cediert ist, nicht mehr verletzt werden, weil er gegenüber dem Schuldner keinen Anspruch hat auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit.

¹⁾ Vgl. ferner die l. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1.

²⁾ cfr. hierüber Framheim, Cessibilität der Konventionalstrafe. Entscheidung. des R. G. in C. S. Bd. 15 S. 283.

§ 11.

Ausfallen der Strafe, Beweislast, und Erfüllungsort derselben.

Es ist aus der Natur und dem Zwecke der Konventionalstrafe nur selbstverständlich, dass wenn die Hauptverbindlichkeit, zu Gunsten deren die Strafe bedungen wurde, erfüllt worden ist, der Strafanspruch defizient¹⁾. Dass teilweise und unrichtige Leistung nicht von der Strafe befreien, ist oben (S. 23 und 24) des näheren schon erörtert worden, ebenso dass Unmöglichkeit der Leistung, nicht immer den Ausfall der Strafe bewirkt.

Hier ist noch zu erwähnen, dass bei verspäteter oder ungehöriger Erfüllung die vorbehaltlose Annahme der Leistung seitens des Gläubigers nicht als Verzicht desselben auf den Anspruch auf Strafe aufzufassen ist²⁾; es wird aber meist Thatfrage sein, ob nicht doch in der vorbehaltlosen Annahme eine Verzichtleistung auf die Konventionalstrafe erblickt werden muss.

Endlich hat die Aufhebung der Hauptverbindlichkeit, auf welche die Konventionalstrafe sich bezieht, von selbst die Aufhebung des Nebenvertrages zur Folge³⁾; durch eine spätere Üebereinkunft, welche die Hauptverbindlichkeit wieder herstellt, wird dem Pönalvertrag nicht ohne weiteres eine Wirksamkeit verliehen.

Was die Beweislast anbelangt, so sind auch bezüglich der Geltendmachung der Konventionalstrafe die allgemeinen Regeln geltend. Der Kläger hat die rechtsbegründenden Thatfachen, der Beklagte die rechtshindernden Thatfachen zu beweisen. Klagt also der Gläubiger auf Leistung der Strafe, so braucht er für den Fall, dass die zu sichernde Hauptverbindlichkeit in einem positiven Thun besteht, lediglich die Thatfache der Strafberedung zu beweisen, um bei Zuwiderhandlung gegen die Hauptverbindlichkeit seinen Anspruch auf die Strafe geltend machen zu können; der Schuldner andererseits hat diejenigen Thatfachen, welche den Verfall der Strafe hindern, nämlich die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, zu beweisen⁴⁾.

¹⁾ auch Nettelbladt a. a. O. S. 67.

²⁾ cfr. Seuff. Arch. Bd. 33 No. 215 Bd. 34 No. 194. 19; Bd. 21 No. 226; Bd. 38 No. 307. Vgl. ferner Dernburg Pandekten II § 46 Note 12. Nettelbladt a. a. O. S. 61. Entscheidg. des R. G. in Civ. Sachen Bd. 9 S. 199: Entscheidg. des R. O. H. G. Bd. 24 No. 26; vergl. dagegen Seuff. Arch. Bd. 16 No. 206 Bd. 19 No. 137.

³⁾ cfr. Seuff. Arch. Bd. 3. Nr. 40.

⁴⁾ cfr. Windscheid a. a. O. § 285. Nettelbladt a. a. O. S. 67 u. 68.

Dagegen hat der Gläubiger für den Fall, dass die zu sichernde Hauptverbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, ausser den ihm aus der Hauptverbindlichkeit und der Strafbedingung zustehenden Ansprüchen auch noch das, die Hauptverbindlichkeit verletzende Handeln des Schuldners zu beweisen.

Schliesslich bleibt uns nur noch die Frage zur Erörterung übrig, welches der Erfüllungsort für die Konventionalstrafe ist.

In den Quellen ist hierüber kein näherer Anhaltspunkt gegeben. Doch ist der accessorischen Natur der Konventionalstrafe zur Sicherung und Bestärkung einer anderen Verbindlichkeit zu dienen, entsprechend im Zweifel stets, soferne für die Hauptverbindlichkeit vom Erfüllungsort überhaupt die Rede sein kann, auch dieser als für die poena gegeben zu betrachten¹⁾.

Schlussbemerkung.

Nach dieser kurzen Betrachtung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die Konventionalstrafe ist als feststehend zu betrachten, dass, wie bereits verschiedentlich erwähnt, die Straf- und Interesse-Natur im römischen Rechte neben einander bestehen und zwar kommen in den einzelnen Rechtssätzen der eine Charakter mehr, der andere weniger zum Ausdruck; nie aber wird der Begriff und Doppelcharacter bezüglich des Instituts der Konventionalstrafe in Abrede zu stellen sein, wenn es auch schon verschiedentlich versucht worden ist.

„Nach gemeinem Rechte ist die Konventionalstrafe zu definieren als eine Leistung, welche bedungen wird für den Fall, dass irgend eine andere Leistung nicht, oder nicht gehörig erfüllt wird, oder endlich eine bestimmte Leistung geschieht, um einerseits diese Verbindlichkeit des Schuldners — sei es dass dieselbe als klagbare auf Vertrag, auf Delikt oder auf Testament beruht, oder als nicht klagbare lediglich auf Verkehrsgebräuchen und Rechtsanschauungen gegründet ist — zu verstärken und auf den Schuldner einen Zwang zu deren Erfüllung auszuüben, andererseits um dem Gläubiger sein Interesse an der Einhaltung der Verpflichtung festzusetzen und zu sichern.“

Seuffert. Arch. Bd. 8 No. 121 Bd. 27 No. 218; dagegen Bd. 12 No. 143.

¹⁾ cfr. Nettelblatta. a. O. S. 69. Seuff. Arch. Bd. 31 No. 195. Entscheidg. d. R. G. in C. S. Bd. 15 No. 131. (S. 435). (Seuff. Arch. Bd. 42 No. 27.)

II. Die Gesetzgebungen des 18. und 19. Jahrhunderts.

In der Entwicklung der deutschen Volksrechte und des einheimischen deutschen Rechtes fand das Institut der Konventionalstrafe wenig Beachtung¹⁾. Es gab andere Mittel, um demselben Zwecke zu dienen wie die Konventionalstrafe, namentlich sind es vielfach symbolische Formen, wie Eid, Handschlag, Einlager, Leihkauf und Weinkauf²⁾ etc., welche dazu dienen sollten, abgeschlossene Verträge zu bestärken. Als das römische Recht alsdann in Deutschland recipiert wurde, kamen natürlich auch die Grundsätze des römischen Rechts bezüglich der Konventionalstrafe in Geltung und sind es auch heute noch, wo in einem grossen Teile Deutschlands noch ausschliesslich römisches Recht gilt.

Die grossen umfassenden Kodifikationen, welche zu Ende des 18. und in unserem Jahrhundert der Herrschaft des römischen Rechtes in einem grossen Teile von Deutschland ein Ende machten, haben wie auf vielen Gebieten, so auch bezüglich der Konventionalstrafe andere Grundsätze als die bisher betrachteten gebracht.

I. Das preussische Landrecht.

Der im römischen Recht noch vielfach vorherrschende Strafcharakter des Instituts tritt in dieser Kodifikation mehr, wenn auch nicht ganz vor der Interessenatur zurück.

Das preussische Landrecht betrachtet³⁾ die Konventionalstrafe als eine im Voraus bestimmte Vergütung des Interesses, welches ein Kontrahent dem andern bei nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages zu erstatten hat⁴⁾.

¹⁾ cfr. Syögren a. a. O. S. 100. Die in den fränkischen Urkunden enthaltenen Strafklauseln weichen derart von den römischen ab, dass es zweifelhaft erscheint, ob sie noch als Konventionalstrafen angesehen werden dürfen.

Derselbe a. a. O. S. 147. Während des 11. Jahrhunderts nimmt der Gebrauch der Strafklauseln stetig ab.

²⁾ cfr. Syögren a. a. O. S. 152 und Neuenfeldt a. a. O. S. 50. Vgl. Schulte: Deutsche Rechtsgeschichte. S. 490 und die dort angeführte Literatur.

³⁾ cfr. Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. (Vom 1. Juni 1794 ab in Kraft) T. I. c. 5. § 292 ff.

⁴⁾ Dernburg, Pr. Privatrecht II § 40 sieht in dieser Bestimmung das Wesen der Konventionalstrafe nicht erschöpft, er hält auch für das preuss. Ld. R. den Zweck der Strafe, eben durch die Strafdrohung zur kontraktmässigen Erfüllung zu zwingen, aufrecht; während Förster

Dieser Bestimmung entsprechend ist denn auch abweichend vom gemeinen Recht die Forderung eines höheren Interesses, wenn eine Vertragsstrafe festgesetzt ist, ausgeschlossen (§ 293). Des weiteren zieht das preussische Landrecht eine Grenze für die Höhe der Konventionalstrafe, indem im § 301 bestimmt ist, dass die Strafe nicht das Doppelte des nachweislichen Interesses übersteigen darf, und gewährt, wenn dies dennoch der Fall sein sollte, dem Richter ein Recht, die Strafe auf den gesetzlichen Höchstbetrag der Strafe zu ermässigen.

Das preussische Landrecht setzt ferner einen giltigen, klagbaren Hauptvertrag voraus¹⁾; ohne einen solchen hat nach preussischem Recht die Konventionalstrafe keinen Gegenstand und ist rechtlich nicht denkbar. Die Bestimmung des § 303 steht nicht dieser Auffassung im Wege, denn wie Förster a. a. O. richtig bemerkt, kann sehr wohl die Verabredung, ein Verbrechen nicht zu begehen, Gegenstand eines giltigen Rechtsgeschäfts sein, zu dem alsdann eben die Konventionalstrafe als die verabredete Schätzung des Interesses hinzutritt.

Die Konventionalstrafe kann entweder als Ausgleich für allen Nachteil aus gänzlicher Nichterfüllung, oder nicht richtiger Erfüllung, oder nur auf eine Art des Nachteils gesetzt sein. Im Falle einer solchen beschränkten Ausdehnung schliesst die Geltendmachung der Strafe anderweitige, den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften entsprechende Ansprüche nicht aus (§§ 294 und 295). Wo die Strafe jedoch bedungen ist auf gänzliche Nichterfüllung, darf bei nur teilweiser Erfüllung im Gegensatz zum römischen Rechte, nicht die Strafe verlangt werden, sondern lediglich das erweisliche Interesse (§ 296).

Weiter verlangt das preussische Recht zum Verfall der Strafe ebensowenig culpa des Schuldners, wie das römische Recht. (A. L. R. I. 5 § 305 und I. 16 § 86²⁾).

Aus der Bestimmung des § 305 erhellt auch, dass die Strafe verfallen ist, sobald der Verpflichtete nicht ge-

Bd. I. § 107 lediglich die Vertragsstrafe als Aequivalent für einen Nachteil, der dem aus einem Vertrage Berechtigten aus der Nichterfüllung oder nicht gehörigen, oder nicht rechtzeitigen Erfüllung erwachsen ist, — immer als einen Interesse-Ersatz betrachtet.

¹⁾ cfr. Förster a. a. O. Dagegen Dernburg a. a. O., der gegenüber der klaren und ausdrücklichen Vorschrift des § 310 behauptet, es müsse nicht notwendig aus dem Hauptvertrag eine klagbare Forderung entspringen, es genüge ein zulässiges Hauptversprechen.

²⁾ Anderer Meinung Dernburg a. a. O.

leistet hat, wie er nach dem Vertrage leisten sollte. Demnach bedarf es auch keiner Mahnung des Schuldners, ausser in dem Falle, wo eine Erfüllungszeit nicht festgesetzt ist, in welchem Falle Mahnung nothwendig ist und auch die Konstatierung, dass der Schuldner nicht erfüllen will.

Gegenstand des Strafvertrages kann jede Handlung sein, welche selbst vertragsmässig festgesetzt werden darf und welche weder die Freiheit noch die Ehre verletzt cfr. (A. L. R. T. I. 5. §§ 298 und 297); eine im Widerspruch mit dieser Bestimmung als Strafe ausbedungene Leistung hat nach § 298 die Nichtigkeit der Strafbedingung im Gefolge, ohne dass jedoch dadurch der zu Grunde liegende Hauptvertrag berührt wird. Der Promittent kann die einmal verwirkte Strafe durch nachträgliche Erfüllung seiner Hauptverbindlichkeit nicht mehr abwenden. Denn sobald die Strafe verwirkt ist, hat der Gläubiger die Wahl, entweder die Strafe oder Erfüllung zu verlangen; es besteht also ebenfalls alternative Haftung. Dem Schuldner steht aber nicht das Recht zu, sich durch Erlegung der Strafe von der Erfüllung des Vertrages zu befreien (§ 311). Sollte dies jedoch von den Parteien ausdrücklich vereinbart worden sein, so fällt eine derartige Verabredung nicht mehr unter die Grundsätze der Vertragstrafe, sondern der Fall der Wandelpön (cfr. § 311 ff.) würde vorliegen.

Die vorbehaltlose Annahme der Erfüllung seitens des Gläubigers, sei es der ganzen Erfüllung oder eines Theiles derselben, hat den Verlust der Strafforderung im Gefolge (§ 307).

Die ausbedungene Strafe kann auch einem Dritten zugedacht sein, dieser hat aber kein Klagerecht; das steht vielmehr nach wie vor dem Gläubiger zu (§§ 308, 309).

Die Konventionalstrafe ist auch vererblich (cfr. pr. L. R. I. 9. §§ 366 und 362).

Im übrigen gelten bezüglich der Cessibilität, Beweislast die römisch rechtlichen Bestimmungen auch für das preussische Landrecht.

Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass das preussische Landrecht schon weit mehr als das römische Recht auf dem Standpunkt steht, die Strafe vertrete lediglich das Interesse des Gläubigers und bezwecke dessen Schadloshaltung; ganz jedoch hat auch das preussische Landrecht sich noch nicht von manchen, offensichtlich

den Strafcharakter kennzeichnenden Bestimmungen losgesagt, wie namentlich die §§ 301, 308 und 309 zeigen.

2. Das bayerische Landrecht vom 2. Januar 1756.

Dieses Gesetz, welches ganz auf dem Boden des römischen Rechts fusst, enthält bezüglich der Konventionalstrafe die in T. IV. cap. I § 11 No. 2 enthaltene einzige allgemeine Bestimmung, dass der Schuldner auch nach Entrichtung der Strafe immer noch zur Erfüllung der Hauptsache verpflichtet ist. Damit hebt das Gesetz nur den Unterschied zwischen Pönalstipulation und Reugeld ausdrücklich hervor. Im Einklang mit dem römischen Rechte stehen auch die wenigen Ausführungen, die Kreittmayr¹⁾ in den Anmerkungen über den Pönfall giebt.

Darnach darf die Strafe bei Quantitätsleistungen nicht das gesetzliche Zinsmass übersteigen; sind andere Leistungen bedungen, so ist die Höhe der Strafe eine unbeschränkte. Ferner ist ausdrücklich erwähnt, dass die Verwirkung der Strafe nicht gehindert wird dadurch, dass das Hauptversprechen nur zum Teil erfüllt worden ist, es sei denn, dass dies Hauptversprechen auf eine teilbare Leistung gerichtet gewesen ist, in welchem letzteren Falle die Strafe nur pro rata verfallen soll.

Die bayerische Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass eine Konventionalstrafe nur giltigen Hauptobligationen hinzugefügt werden kann (cfr. Entscheid. des oberst. Gerichtshof. in Bayern Bd. X 185, ferner den Aufsatz in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XXVIII S. 225) und wendet im übrigen die gemeinrechtlichen Sätze hinsichtlich der Konventionalstrafe an.

3. Der Code civil.

Auch im französischen Rechte²⁾ ist ausdrücklich anerkannt, dass die Konventionalstrafe dazu dient, sowohl Sicherungsmittel des Hauptversprechens zu sein, als auch den Schaden des Gläubigers zu fixieren, und sein Interesse im voraus zu bestimmen³⁾.

Die erstere Funktion gelangt im Art. 1226.

¹⁾ cfr. auch Krüll a. a. O. S. 47 und Reingruber a. a. O. S. 182.

²⁾ Der Code civil des Français wurde publiziert am 24. März 1804, durch Gesetz vom 3. September 1807 Code Napoléon benannt.

³⁾ Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts sagt im Bd. II S. 321: Das Strafgeding ist eine Uebereinkunft, durch welche sich ein Schuldner, um den Gläubiger der Vollziehung der Verbindlichkeit zu versichern, zu einer Leistung (z. B. zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes) auf den Fall verpflichtet, dass er die Verbindlichkeit entweder

„La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.“

Der andere in Art. 1229.

„La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.“

Auch steht die Strafbestimmung in einem solch engen Verhältnis zur Hauptverbindlichkeit, dass die Ungiltigkeit der letzteren auch die der ersteren zur Folge hat¹⁾. Diese auch dem französischen Rechte eigene accessorische Natur der Strafberechnung ist ausdrücklich in Art. 1227 ausgesprochen:

„La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.“

Natürlich hat aber die Ungiltigkeit der Strafberechnung die der Hauptverbindlichkeit nicht zu Folge.

„Art. 1227 Abs. 2. la nullité de celle-ci (sc. de la clause pénale) n'entraîne point celle de l'obligation principale.“

Nachdem die Strafe als Surrogat des gläubigerischen Interesses erklärt ist, so ist es auch konsequent, wenn der Gläubiger nur alternative Haftung des Schuldners verlangen kann, den Fall natürlich ausgenommen, wo das Gegenteil ausdrücklich bedungen worden ist. (Art. 1228. Art. 1229 Abs. 2²⁾).

Ferner ist bestimmt, dass die Strafe nicht eher verwirkt wird, als bis der Schuldner im Verzug ist. (Art. 1230³⁾). Damit ist nicht gesagt, dass auch Verschulden auf Seite des Schuldners vorhanden sein muss.^{4) 5)}

überall nicht, oder nicht gehörig erfüllt. Vgl. auch Randa a. a. O.; der nur die Interessenatur des französischen Strafvertrags anerkennt.

¹⁾ Doch ist die Konventionalstrafe giltig, welche einem zu Gunsten eines Dritten geleisteten Versprechen (Art. 1119) oder einer Verbindlichkeit, welche sich in Geld nicht anschlagen lässt, beigelegt ist. cfr. Zachariae a. a. O. pag. 322.

²⁾ Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

Art. 1229. Abs. 2. Il (sc. le créancier) ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

³⁾ Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque qui s'est obligé, soit à livrer soit à prendre, soit à faire, est en demeure.

⁴⁾ Dies behauptet ebenso wie für das preussische Landrecht Randa a. a. O. Anm. 77 und Marcadé II S. 49. Dagegen Neuenfeldt a. a. O. S. 58

⁵⁾ Zachariae a. a. O. sagt: Die Strafklausel bestimmt im Voraus, dass

Demeure hat ebenso wie mora zweierlei Bedeutung, 1. objektiv, dass die geschuldete Leistung nicht erfüllt wird, bezw. ist, 2. subjektiv, dass die Versäumniss der Leistung auf Verschulden des Verpflichteten beruht. Dass nun nur objektive mora im französischen Rechte bezüglich des Verfalls der Konventionalstrafe gefordert wird, das beweist auch der Art. 1145¹⁾.

Wie sehr der Code Napoléon die Strafberedung als vorausgeschätzte Interessenvergütung auffasst, beweist Art. 1152²⁾, der ebenso wie § 293 T I cap. V preuss. Landrecht, eine höhere Interesseforderung als die bedungene Strafe nicht zulässt.

Die wichtigste und bahnbrechendste Bestimmung des code civil ist im Art. 1231 enthalten:

„La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation³⁾ principale a été exécutée en partie.“

Ist die Konventionalstrafe auf die Erben übergegangen, so kann der Gläubiger denjenigen Erben, welcher gegen die Hauptverbindlichkeit handelt, oder auch dessen Miterben jeden für seinen Teil mit der Strafe belangen — dies zwar dann, wenn die ursprüngliche Hauptverbindlichkeit unteilbar ist. Den Erben ist aber dann der Regress gegen denjenigen, durch dessen Verhalten die Hauptverbindlichkeit nicht zur Erfüllung gelangt, gegeben.

Ist dagegen die Hauptverbindlichkeit eine teilbare, so verfällt nur der Zuwiderhandelnde in die Strafe und zwar nach Massgabe seines Anteiles an der Hauptverbindlichkeit (Art. 1232, 1233.)

Aus diesen Bestimmungen erhellt, dass das französische Recht fast ganz auf dem Standpunkt steht, die Konventionalstrafe diene lediglich zum Ersatz des

und welcher Schadensersatz der Schuldner dem Gläubiger wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit zu leisten hat. (Art. 1220 Abs. 1). Hieraus folgt: Die Strafe kann nur unter den Bedingungen eingeklagt werden, unter welchen der Gläubiger auf Schadensersatz zu klagen berechtigt sein würde.

¹⁾ Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et les intérêts par le seul fait de contravention.

²⁾ Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre, vergleiche auch Ital. Gesetzb. Art. 1231.

³⁾ Ausser in diesem Falle kann der Richter die Strafe noch herabsetzen, wenn sie wegen einer Geldzahlung bedungen, den gesetzlichen Zinsfuss (von 5 bezw. 6⁰/₀) übersteigt und zwar auf das gesetzlich zulässige Zinsmaximum. Dies besagt loi vom 3. Sept. 1807. cfr. Zachariae a. a. O

Schadens, den der Gläubiger bei Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit hat. Ganz rein ist aber auch dieser Gedanke nicht durchgeführt, denn sonst müsste das in § 1231 stipulierte Ermässigungsrecht des Richters auch für den Fall bestimmt sein, dass die Hauptverbindlichkeit überhaupt nicht erfüllt wird.

4. Das badische Landrecht,

eingeführt durch Publikationspatent vom 3. Februar 1809, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1810.

Dieses Gesetzbuch enthält, wie es ja nichts anderes ist als eine Uebersetzung des Code civil, in den Artikeln 1226—1233 bezüglich der Konventionalstrafe dieselben Bestimmungen wie dieser.

Das gleiche gilt von dem

5. Codice Civile del Regno d' Italia,

vom 25. Juni 1865, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1866, der in dem Art. 1209 und ff. die Lehre von der Konventionalstrafe behandelt.

Artikel 1212: La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadimpeto della obbligazione principale, ist entsprechend dem Art. 1226 des Code civil. Das richterliche Ermässigungsrecht ist ausgesprochen in Art. 1214.

6 Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch

für das Kaisertum Oesterreich vom 1. Juni 1811, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1812.

Dieses Gesetzbuch hat sogar, um gleich mit einer Aeusserlichkeit zu beginnen, nicht mehr den alten Ausdruck Strafe verwendet, sondern spricht nur mehr von „Vergütungsbetrag“ und damit kennzeichnet es auch schon zur Genüge die reine Interessenatur, welche hier hinsichtlich dieses Instituts zur Anwendung kommen soll. Nach Randa¹⁾ ist die Konventionalstrafe das im gleichmässigen Interesse beider Teile vertragsmässige Aversionalquantum des Interesses.

In dem einzigen, die Materie von der Konventionalstrafe behandelnden § 1336 l. c. ist bestimmt: „Die vertragsschliessenden Teile können eine besondere Ueber-

¹⁾ cfr. Randa a. a. O.

einkunft treffen, dass auf den Fall, des entweder gar nicht, oder nicht auf gehörige Art oder des zu spät erfüllten Versprechens anstatt des zu vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle. [Doch darf bei Darlehen der Betrag, worauf der Richter erkennt, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen.] In anderen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermässig erwiesen wird, von dem Richter allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen zu ermässigen. Die Bezahlung des Vergütungsbetrages befreiet ausser dem Fall einer besonderen Verabredung nicht von der Erfüllung des Vertrages.“ Darnach erheischt die rein accessorische Natur der Strafe bezw. des Vergütungsbetrages, der hier zu Tage tritt, das Vorhandensein einer giltigen Hauptobligation. Der wesentliche Zweck der Vereinbarung ist lediglich der, dem Gläubiger den oft schwierigen Beweis seines Schadens abzunehmen. Da dieser Schaden sowohl in der Erfüllung selbst, als auch in den Erfüllungsmodalitäten seinen Grund haben kann, so kann die Strafe bezw. der Vergütungsbetrag sowohl als Ersatz des Schadens bei ganzer Nichterfüllung oder bei Verletzung der Erfüllungsart bedungen sein.

Der Verfall der Strafe bezw. des Vergütungsbetrages wird ebensowenig wie in den vorher behandelnden Rechtssystemen von einem Verschulden des Verpflichteten abhängig gemacht, lediglich der Verzug desselben, d. h. die Thatsache, dass derselbe dem ihm durch seine Verpflichtung auferlegten Verhalten zuwiderhandelt¹⁾, ist erforderlich.

Dem bereits im französischen Rechte angebahnten System des richterlichen Ermässigungsrechtes folgend, hat die österreichische Gesetzgebung die vollen Konsequenzen desselben gezogen, insofern dem richterlichen Ermessen die Befugniss eingeräumt ist, den zwischen den Kontrahenten bedungenen Vergütungsbetrag auf das, wirklich dem Gläubiger von der Erfüllung bezw. der richtigen oder rechtzeitigen Erfüllung obliegende Interesse herabzusetzen, wenn der Schuldner dies verlangt und noch beweist, dass der Vergütungsbetrag dieses Interesse übersteigt. Der Gläubiger kann aber seinerseits

¹⁾ Anderer Ansicht Randa a. a. O. Anm. 77.

nicht neben dem Vergütungsbetrag noch ein anderes Interesse geltend machen; er hat lediglich den Anspruch auf Bezahlung des ausbedungenen Vergütungsbetrages; ist dieser auf die ganze Erfüllung gerichtet, so hat der Gläubiger auch kein Wahlrecht, zwischen Anspruch auf Erfüllung und Anspruch auf den Vergütungsbetrag; denn ausdrücklich und unzweideutig besagt das Gesetz „anstatt des zu vergütenden Nachteils“ ist der Vergütungsbetrag bestimmt¹⁾.

Mit Recht weist Pergament darauf hin, dass der Schlusssatz von l. c. § 1336 nicht als Beweis für kumulative Haftung dienen kann, sondern lediglich dem in den Gesetzbüchern (vgl. bayer. Landrecht, preuss. Landrecht) der damaligen Zeit zu Tage tretenden Gebrauch, den Begriff der Konventionalstrafe von dem des Reugeldes zu unterscheiden, dienen soll.

7. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

Dieses Gesetz kehrt mit seinen in den §§ 1428—1435 enthaltenen Bestimmungen über die Konventionalstrafe mit wenigen Ausnahmen wieder zu den römisch-rechtlichen Bestimmungen zurück.

Im § 1433 ist die gemeinrechtliche Streitfrage über das Erfordernis einer giltigen Hauptobligation dahin geregelt, dass für die Vereinbarung einer Konventionalstrafe nur eine giltige Hauptverpflichtung fähig ist.

Nach § 1428 hat der Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit und Strafe, und zwischen Schadenersatz und Strafe. Erfüllung und Strafe kann der Gläubiger beanspruchen, wenn letztere auf dem Fall, dass der Verpflichtete nicht zur bestimmten Zeit oder nicht am bestimmten Ort leistet, bedungen ist (§ 1429), und zwar hat er auch hier ein Wahlrecht zwischen Anspruch auf die Strafleistung oder dem auf Schadenersatz²⁾.

Der Anspruch auf Strafe geht jedoch in diesem Falle verloren, wenn der Gläubiger die Leistung vorbehaltlos angenommen hat.

¹⁾ Vgl. hiezu Pergament a. a. O. S. 57, dagegen anderer Ansicht Neuenfeldt a. a. O. Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch III § 1336. Randa a. a. S. 36.

²⁾ Pergament a. a. O. S. 58.

Die Geltendmachung des Anspruches auf Strafe schliesst jeden weiteren Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung aus¹⁾).

Die Höhe der Strafe ist keiner Beschränkung unterworfen (§ 1430); in dem Falle jedoch, wo sie auf die verspätete Zahlung einer Geldschuld bedungen ist, darf die Strafe einschliesslich der Zinsen das gesetzliche Maximum nicht übersteigen.

Was schliesslich die Verwirkung der Strafe betrifft, so tritt diese in den Fällen, wo die Verpflichtung, wegen welcher die Strafe versprochen wurde, in einem Unterlassen besteht, schon mit der Zuwiderhandlung ein. Besteht die Verpflichtung aber, für welche die Strafe bedungen ist, in einem Thun, und ist für Erfüllung ein gewisser Zeitpunkt bestimmt oder anzunehmen, so ist gemäss § 1432 verbunden mit § 865, die Strafe mit dem Ablauf dieses Termines, ohne dass die Erfüllung erfolgte, verwirkt.

In allen anderen Fällen ist zur Verwirkung der Strafe lediglich Verzug notwendig²⁾ (§ 1432), ohne dass hiezu noch culpa des Schuldners erforderlich wäre. Teilweise Erfüllung verhindert den Verfall der Strafe nicht.

Zufällige Unmöglichkeit der Leistung befreit den Schuldner von der Strafleistung³⁾, ebenso ist die letztere ausgeschlossen, wenn der Gläubiger selbst die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit verschuldet.

8. Das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

Auch dieses Gesetzbuch steht fast ganz auf dem Standpunkt des römischen Rechts hinsichtlich der Sätze über die Konventionalstrafe. Nach dem Wortlaut des Art. 181 Satz 1: „die Konventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches

¹⁾ Hierin ist eine Abweichung von dem römischen Rechte, wonach der Gläubiger den die Strafe überschreitenden Betrag seines Interesses nachfordern kann. „Schadenansprüche aber, welche auf anderen Gründen beruhen, als für welche die Strafe versprochen ist, sind nicht ausgeschlossen.“ (§ 1431.)

²⁾ cfr. hieher Neuenfeldt a. a. S. 55.

³⁾ Dies ist eine zweite Abweichung vom römischen Recht. cfr. oben (S. 24 ff.)

oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden soll“, ist als für das schweizerische Recht feststehend zu erachten, dass dasselbe eine giltige Hauptverbindlichkeit nicht¹⁾ voraussetzt, so dass dasselbe auch hierin dem römischen Recht folgt wie auch in der weiteren Bestimmung, dass durch die Konventionalstrafe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen nicht bekräftigt werden kann.

Der Artikel 179 normirt das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung oder Strafe — also wie im römischen Rechte alternative Haftung. Bei Strafbedingung für den Fall der Nichteinhaltung der vereinbarten Erfüllungszeit oder des richtigen Erfüllungsortes, kann die Strafe neben der Erfüllung gefordert werden. Nimmt jedoch der Gläubiger die Erfüllung vorbehaltlos an, so wird hierin ein Verzicht auf den Strafanspruch vermutet.

Zur Verwirkung der Strafe ist Schuld des Schuldners nicht notwendig; denn die Strafe verfällt auch, wenn dem Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners ein Schaden nicht erwachsen ist. Den Nachweis eines Verschuldens²⁾ des Schuldners hat jedoch der Gläubiger in dem Falle zu erbringen, wo er den die Strafe überschreitenden Mehrbetrag seines Schadens verlangt³⁾ (Art. 180).

Der Verfall der Strafe tritt nicht ein, wenn dem Schuldner infolge höherer Gewalt die Leistung nicht möglich war, oder wenn durch den Gläubiger oder durch einen die Person des Gläubigers betreffenden Zufall die Erfüllung der Leistung vereitelt wurde.

Was endlich die Höhe der Konventionalstrafe anbelangt, so ist diese der freien Vereinbarung der Parteien überlassen. Uebermässige Strafen jedoch können vom Richter nach billigem Ermessen herabgesetzt werden⁴⁾ (Art. 182.) Die Strafe ist im Zweifel auch nicht als Wandel-

¹⁾ cfr. für unsere Ansicht die Motive zum Entwurf I eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. II zu § 424. S. 279. Anderer Meinung jedoch Schneider, Kommentar zu Art. 180 S. 154, der ausführt: Wenn das Versprechen der Hauptsache ungiltig ist oder wird, so ist oder wird es auch das auf dasselbe bezügliche Versprechen der Konventionalstrafe; dagegen ist ein Versprechen rechtsgiltig, welches abgegeben wird für den Fall, dass eine Handlung, die nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein kann, weil sie kein vermögensrechtliches Interesse bietet, begangen oder nicht begangen werde.

²⁾ cfr. hiez u Schneider, Kommentar zu Art. 180 S. 153.

³⁾ Hierin weicht das schweizerische Recht vom gemeinen ab.

⁴⁾ Dies ist wiederum eine Abweichung vom römischen Rechte. Vgl. auch die Ausführungen sub. Ziffer 2 zu Art. 182 bei Schneider a. a. O. bezüglich des richterlichen Ermässigungsrechtes.

pön aufzufassen; behauptet dies aber der Schuldner, dass ihm durch Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen solle, so obliegt es ihm, den Beweis hiefür zu erbringen (Art. 179 Abs. 3.)

9. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Dieses Gesetzbuch hat das Institut in keiner Weise in erschöpfender Weise zu behandeln versucht, sondern sich lediglich darauf beschränkt, einige besonders wichtige Fragen, nämlich drei zu regeln.

Nach Art. 284 H. G. B. unterliegt für Handelsgeschäfte die Vereinbarung einer Konventionalstrafe keinerlei Beschränkung bezüglich ihrer Höhe; ferner ist in Abs. 2 l. c. bestimmt, dass die Vereinbarung einer Strafe im Zweifel nie als Wandelpön anzusehen, so dass also der Schuldner sich durch Erlegung der Strafe von seiner Verbindlichkeit befreien könnte, endlich besagt Abs. 3, dass durch die Vereinbarung einer Strafe die Geltendmachung eines höheren Schadensersatzes im Zweifel nicht ausgeschlossen wird. Alle übrigen hier in Frage stehenden Sätze über die Konventionalstrafe richten sich nach Landesrecht, insofern nicht reichsgesetzliche Bestimmungen vorgehen. Was die Form des Konventionalstrafvertrags anbelangt, so kommt hinsichtlich derselben für das Handelsrecht der Art. 317 in Anwendung, wonach dieselbe ganz formlos ist.

Die Bestimmung des Art. 398 ist lediglich eine spezielle Anwendung des Art. 284 Abs. 3 auf den Frachtvertrag.

Ferner normirt Art. 399 den Ausfall der Strafe für den speziellen Fall des Frachtvertrags dann, wenn dem Frachtführer für die nicht vertragsmässige Erfüllung ein Verschulden nicht beigemessen werden kann. Der Beweis obliegt aber dem Frachtführer. Hier sei auch noch bemerkt, dass auch für nicht in das Gebiet des Handelsrechts fallende Rechtsgeschäfte jede Beschränkung der Höhe der Konventionalstrafe aufgehoben worden ist, durch § 1 des Bundesgesetzes vom 1. November 1867.

Zu erwähnen ist hieher noch das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894, betreffend die Abzahlungsgeschäfte, welches im § 4 Abs. 1 hinsichtlich der Abzahlungsgeschäfte ¹⁾

¹⁾ Ueber den Begriff „Abzahlungsgeschäft“ cfr. Schmitt, Kommentar zu diesem Gesetz S. 2.

bestimmt: dass eine wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen verwirkte Vertragsstrafe, wenn sie unverhältnismässig hoch ist, auf Antrag des Käufers durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann; ist jedoch die Strafe entrichtet, so kann dieselbe nicht mehr herabgesetzt werden ¹⁾).

Ferner ist nach diesem Gesetze § 2 eine Strafberedung nichtig, welche dahin geht, dass der Käufer im Falle des Rücktritts ausser der Rückgabe der Sache und den im § 2 l. c. festgesetzten Entschädigungen und Vergütungen auch Strafe zu entrichten hat.

Die vorstehenden Bestimmungen finden dann keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist (cfr. § 8 l. c.)

¹⁾ Diese Bestimmung ist nachgebildet dem Entwurf II § 295 Abs. 1. und entspricht dem § 343 Abs. 1 des B. G. B. Die Erörterungen der vorstehenden Bestimmung siehe daher unten S. 52.

III. Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.

In unserem nunmehr zur Geltung gelangenden Recht hat das Institut der Vertragsstrafe seine gesetzliche Regelung in erschöpfender Weise in den §§ 339—345 erhalten.

§ 1.

Zweck und Begriff der Vertragsstrafe nach deutschem Rechte.

Das bürgerliche Gesetzbuch¹⁾ hat die der Vertragsstrafe im gemeinen und in den meisten modernen Gesetzgebungen eigentümlichen Doppelfunktionen nämlich:

a) als Stärkungsmittel einer anderen Verpflichtung zu dienen, indem sie den Schuldner zur Erfüllung indirekt zwingt,

b) das Interesse des Gläubigers zu fixieren und demselben den Beweis zu ersparen²⁾, wieder zur Geltung gebracht³⁾. Diese beiden Zwecke sind vollkommen in gleicher Weise dem Institute eigen, nicht wie im preussischen Landrechte, wo die Interessennatur vorherrschend ist und die Eigenschaft als Kompelle zurücktritt. Dem Gesagten widerspricht in keiner Weise der § 343, wonach der Richter eine unverhältnismässig hohe Strafe ermässigen kann. Denn abgesehen davon, dass die schwierige Beweislast den Schuldner trifft, ist diese Bestimmung lediglich deshalb da, um eine Ausbeutung und Uebervorteilung des Schuldners zu verhindern, ohne dass jedoch die Natur der Kompelle dadurch leiden könnte. Denn es ist immer noch fraglich, ob der Richter die bedungene Strafe als unverhältnissmässig hoch anerkennt und deshalb dieselbe ermässigen wird. Der Schuldner wird immer durch die Aussicht, die Strafe vielleicht doch zahlen zu müssen, zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit angehalten. Nehmen wir den Fall: A hat sich dem B zum Bau eines Theaters verpflichtet und die Fertigstellung desselben bis zu einem bestimmten Tage, es sei 1. Januar, garantiert in der Weise, dass er für jeden Tag der Zögerung in der Fertig-

¹⁾ Die Abkürzungen bedeuten: Motive-Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. deutsche Reich; Entw. I-Entwurf I, Entw. II-Entwurf II. Ist im folgenden den §§ nichts hinzugesetzt, so ist immer das bürgerliche Gesetzbuch gemeint.

²⁾ Motive Bd. II zu § 420. S. 275.

³⁾ Siehe Deus a. a. O. S. 6. Endemann a. O. § 183.

stellung eine Summe von 3000 M. als Vertragsstrafe zu zahlen, verspricht; B hat bereits im Hinblick hierauf auf den ersten Januar sein Künstlerpersonal engagirt. Würde nun die von A bedungene Strafe demselben zu hoch erscheinen und könnte er überzeugt sein, dass auch der Richter dieser Ansicht wäre, so würde hierin allerdings die Gefahr bestehen, dass dadurch der Vertrag nicht gestärkt wird, sondern eher das vertragswidrige Handeln des A gefördert werde. Da aber A nicht weiss und nicht wissen kann, ob auch der Richter diese Strafe von 3000 M. nach Würdigung aller Umstände zu hoch finden wird, so wird er doch, um sich nicht dem Wagnis, vielleicht die Strafe doch zahlen zu müssen, auszusetzen, seinerseits alle Anstrengungen machen, den Vertrag zu erfüllen.

Mit dem Vorstehenden ist aber nur gesagt, dass das Gesetz im Zweifel diese Gleichstellung der beiden erörterten Funktionen hat. Der freien Vereinbarung der Parteien ist es natürlich überlassen, den einen oder anderen Zweck mehr vorherrschen zu lassen¹⁾.

§ 2

Die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit im Verhältniss zum Strafversprechen.

Während im gemeinen Recht nach unserer früher vertretenen Ansicht eine giltige Hauptverbindlichkeit nicht erforderlich ist, um der Vertragsstrafe Rechtswirksamkeit zu verleihen, ist in § 344 das Erfordernis einer solchen ausdrücklich aufgestellt²⁾.

„Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.“

Der § 343 Abs. 2 lautend:

„Das gleiche gilt auch ausser den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt,“ wird von einigen, so von Jecklin in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 38, als Beweis dafür geltend gemacht, dass das B. G. B. auch

¹⁾ cfr. Sprenger a. a. O. S. 647.

²⁾ cfr. die pr. A. L. R. I, 5 § 310; code civil Art. 1227; sächs. Gesetzb. § 1433. Dagegen schweiz. Obligat. Recht. Art. 181.

eine selbstständige Vertragsstrafe kennt, ohne dass dieselbe sich auf eine bestehende Hauptverbindlichkeit in accessorischer Weise stützt.

Diese Bestimmung des § 343 Abs. 2 dehnt lediglich das im Abs. 1 aufgestellte richterliche Ermässigungsrecht auch auf die Fälle aus, wo eine bestimmte Leistung für den Fall von jemanden versprochen wird, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt, ohne dass jedoch zu einem solchen Verhalten dem Gläubiger gegenüber eine Verpflichtung bereits vorläge. Das sind aber nichts anderes als bedingte Versprechen¹⁾, für welche alle Grundsätze über bedingte Verträge in Anwendung kommen, von denen aber über die Vertragsstrafe nur die Bestimmung des § 343 Abs. 1 (siehe auch unten Seite 52 und 53).

Wenn also das Gesetz hier von Strafe spricht, so ist dies inkorrekt, da es sich nicht um eine Vertragsstrafe im eigentlichen Sinne des Wortes handelt, weshalb auch mit Recht im Falle des § 343 Abs. 2 von „uneigentlicher Strafe“ gesprochen werden kann.

Nach dem Gesagten sind also alle Rechtsgeschäfte, die gemäss § 125 B. G. B. wegen Formmangels nichtig sind, nicht geeignet, einer Vertragsstrafe als Grundlage zu dienen²⁾. Ferner darf die als Hauptverbindlichkeit gesetzte Handlung keinem gesetzlichen Verbot widersprechen (§ 134) noch auch gegen die guten Sitten verstossen. (§ 138). Die auf Erfüllung einer unmöglichen Leistung gerichtete Strafe (§ 306) ist nichtig. Um von den vielen im Gesetzbuch aufgeführten Fällen von nichtigen Rechtsgeschäften im speziellen einige besonders markante herauszugreifen, sei erwähnt, dass demnach nach § 762 und 763 die Vereinbarung einer Strafe für den Fall, dass eine Spielschuld geleistet werden solle, nichtig ist, ebenso das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Eingehung einer versprochenen Ehe unterbleibe (§ 1297³⁾. Darnach dient im bürgerlichen Gesetzbuch die Vertragsstrafe nicht mehr dazu, indirekt die Erfüllung einer Leistung herbeizuführen, wozu eine Verbindlichkeit vom Gesetze überhaupt nicht, oder dann

¹⁾ cfr. Endemann a. a. O. S. 604. Deus a. a. O. S. 9 und 10 ferner auch Denkschrift S. 51.

²⁾ Vgl. hiezn Endemann a. a. O. S. 601. Anm. 2.

³⁾ Hier ist ausdrücklich noch auf die Nichtigkeit einer etwa für diesen Fall bedungenen Strafe hingewiesen, obwohl ein solcher Hinweis auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 344 überflüssig war.

nicht anerkannt wird, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten worden sind¹⁾).

Diese Unwirksamkeit der Vertragsstrafe greift auch dann Platz, wenn die Parteien die Unwirksamkeit der von ihnen vereinbarten Verbindlichkeit gekannt haben und trotzdem eine Strafe ausbedungen haben. Was hier bezüglich der Nichtigkeit eines Versprechens gesagt ist, gilt auch hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit²⁾).

Hier ist zu unterscheiden:

1. Das Strafversprechen ist aus dem nämlichen Grunde anfechtbar, wie das Hauptversprechen, dann ist natürlich auch das Haupt- und Strafversprechen in gleicher Weise selbständig anfechtbar.

2. Das Hauptversprechen ist aus irgend welchem Grunde anfechtbar, während das Strafversprechen in Unkenntnis dieser Sachlage noch hinzu bedungen worden ist, ohne dass das Strafversprechen selbst an einem die Anfechtbarkeit begründenden Mangel leidet. In diesem Falle ist dann, wenn die Hauptverbindlichkeit selbst nicht angefochten wird, kein Grund vorhanden, das Strafversprechen für unwirksam bzw. für anfechtbar zu erklären. Wird dagegen die Hauptverbindlichkeit angefochten, so ist dadurch deren Nichtigkeit bewirkt. (§ 142) und damit fällt auch die Grundlage für die Rechtsbeständigkeit der Strafe weg. Ficht dagegen der Berechtigte die anfechtbare, durch Vertragsstrafe geschützte Verbindlichkeit nicht an, so bleibt diese bestehen und rechtswirksam in der Weise, dass auch die zu ihrer Sicherung bedungene Strafe vollkommen wirksam ist.

3. Von diesem Falle zu unterscheiden ist endlich noch der, dass der Schuldner in Kenntnis der Anfechtbarkeit des Hauptversprechens, trotzdem noch diesem ein Strafversprechen hinzufügt, das an sich vollständig gültig ist.

¹⁾ cfr. Motive Bd. II zu § 422 S. 279.

²⁾ cfr. § 4244 des Entw. I lautete: „Erklärt das Gesetz eine Verbindlichkeit für unwirksam oder für anfechtbar, so ist das Versprechen einer Strafleistung für den Fall der Nichterfüllung einer solchen Verbindlichkeit gleichfalls unwirksam oder anfechtbar, selbst wenn die Vertragsschliessenden die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit gekannt haben.“

Durch die Kommission wurden die Bestimmungen hinsichtlich der Anfechtbarkeit als überflüssig gestrichen. cfr. Kommissionsprotokolle No. 93 zu § 424 S. 787.

Hier ist der Thatbestand des § 144 gegeben, denn unzweifelhaft ist hierin ein stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung der Anfechtung gegeben, bezw. das Rechtsgeschäft ist nachträglich bestätigt.

§ 3.

Fortsetzung.

Da nach dem Gesetze § 241 mit § 253 ein vermögensrechtliches Interesse nicht zum Wesen der Obligation erforderlich ist¹⁾, so fällt hiemit die für das gemeine Recht so strittige Frage, ob die Vertragstrafe giltig ist, wenn ihr eine Obligation, die kein vermögensrechtliches Interesse für den Gläubiger hat, als Grundlage dient, im bejahenden Sinne weg.

Des ferneren ist für das B. G. B. der Satz massgebend, dass die Vertragsstrafe sowohl, was die Regel sein wird, vertragsmässigen Forderungsrechten, als auch anderen Verpflichtungen rechtswirksam beigelegt werden kann.

Die Strafe selbst aber kann nur auf dem Wege des Vertrages²⁾ bedungen werden, dessen Abschluss jedoch

¹⁾ Der Wortlaut derselben ist § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses, ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ § 253: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.“

In der Einleitung zum 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, besagen die Motive S. 3: „In einer wichtigen Frage nimmt das B. G. B. in Ansehung der Erfordernisse des Schuldverhältnisses entschieden Stellung. Ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers gehört nach seiner Auffassung nicht zum Wesen der Obligation.“ Vgl. ferner Absatz 2 der Motive Bd. II zu § 206 S. 5 und Motive Bd. II zu § 221 S. 21. Bezüglich der Veränderung der gesetzlichen Bestimmungen und der in der Commission massgebenden Erwägungen vgl. Kommissions-Protokolle No. 43 S. 279 zu § 206 und No. 45 S. 296 zu § 221. Im I. Entwurf lauteten diese §§: § 206: Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Thun oder Unterlassen (Leistung) sein. § 221: „Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden.“ Das Erforderniss eines vermögensrechtlichen Interesses trotz der Bestimmung des Gesetzes und des in den Motiven Gesagten halten aufrecht; Hellwig „über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit“ Archiv für civilist. Praxis Bd. 86 S. 227 ff. Endemann a. a. O. § 109 S. 468. Dagegen teilt die im Text vertretene Ansicht Cosack a. a. O. Bd. I. § 80. Deus a. a. O. S. 6 a. E.

²⁾ In den Motiven Bd. II. S. 275 zu §. 422 heisst es: Wenn das B. G. B. sich des Ausdruckes „Versprechen einer Strafe“ bedient, so ist hiermit nur die eine Seite des auf Begründung der Konventionalstrafe gerichteten Vertrages hervorgehoben. Der Gedanke, dass das einseitige Versprechen

zeitlich später liegen kann, als die Entstehung der Hauptverbindlichkeit¹⁾ und zwar besteht für diesen wie im B. G. B. überhaupt für alle Verträge, das Prinzip der Formlosigkeit. Es darf jedoch aus dem etwaigen Erfordernis einer bestimmten Form für die rechtliche Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit noch keineswegs gefolgert werden, dass eine dieser Hauptverbindlichkeit zugefügte Strafberechnung zu ihrer Giltigkeit denselben Formvorschriften unterliegen sollte, wie die Hauptverbindlichkeit. Der Strafvertrag ist ja seinem Wesen nach ein vollständig selbständiger Vertrag, der nur in materieller Beziehung ein Accessorium der Hauptverbindlichkeit bildet; dies geht schon daraus hervor, dass die Entstehung der Hauptverbindlichkeit und des Strafvertrages zeitlich getrennt sein kann und sogar sehr oft sein wird. Wenn demnach die Verpflichtung, zu deren Begründung das Gesetz eine besondere Form festsetzt, bereits existent ist, so besteht kein Grund, weshalb die den Inhalt eines selbständigen Vertrages bildende Strafberechnung der Form der Hauptverpflichtung bedürfen soll²⁾.

§ 4.

Beschaffenheit der im Strafvertrage verabredeten Verpflichtung.

Gegenstand des Strafvertrages kann jede Leistung

einer Konventionalstrafe wirksam sein sollte, ist dem B. G. B. fremd. Da ferner § 305 zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft mangels anderer Bestimmungen des Gesetzes — und solche sind in den §§ 339—345 nicht vorhanden — den Abschluss eines Vertrages vorschreibt, so erhellt, dass nur durch Abschluss eines solchen eine Vertragsstrafe begründet werden kann. (Vgl. Deus a. a. O. S. 15). Aus dem hier Gesagten ergibt sich, dass die Begründung einer Vertragsstrafe durch ein Vermächtnis nicht möglich ist, was sich auch schon aus der Natur des Vermächtnisses als einer auf Kosten des Nachlasses zugewendeten Liberalität — Dernburg Bd. III S. 191 — entnehmen lässt.

¹⁾ cfr. Motive Bd. II zu § 420. S. 275. „Eine Konventionalstrafe kann nicht nur bei Schliesung eines Vertrages, sondern auch nach bereits begründetem Forderungsrechte, und nicht bloss, wenn das Forderungsrecht ein vertragsmässiges ist, vereinbart werden. (cfr. Windscheid § 285; sächs. Gesetz b. § 1428). Es ist kein Grund ersichtlich, eine solche Vereinbarung nur in Beziehung auf vertragsmässige Verbindlichkeiten zuzu lassen.“

²⁾ Dem Gesagten stehen auch nicht die Ausführungen der Motive II zu § 91 Entw. I entgegen, dass, wenn das Gesetz ein Rechtsgeschäft unter eine besondere Form stellt, das Formerfordernis sich auch auf alle von den Beteiligten zu treffenden Bestimmungen erstrecke. Denn wie im Text ausgeführt, sind Entstehung der Hauptverbindlichkeit und Abschluss des Strafvertrages zwei gesonderte Rechtsgeschäfte, die ja sehr wohl zeitlich

sein, für welche überhaupt eine Verbindlichkeit vom Gesetz rechtswirksam anerkannt wird¹⁾).

Das gewöhnlichste wird ja natürlich die Verabredung von Geld sein entsprechend der Eigenschaft der Strafe, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung vertragsmässig festzusetzen. Die Höhe der Leistung, welche als Strafe gesetzt ist, ist ganz der freien Vereinbarung der Parteien überlassen, womit wieder auf die Grundsätze des römischen Rechts, entgegen der Vorschrift des preussischen Landrechts, zurückgegangen worden ist; jedoch ist dieses Prinzip etwas durchbrochen durch das im § 343 Abs. 1 B. G. B. festgesetzte Ermässigungsrecht²⁾).

§ 343: „Ist eine verwirkte Strafe unverhältnissmässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzuug ausgeschlossen.“

Darnach kann der Schuldner mit selbständiger Klage oder einredeweise gegenüber der Klage des Gläubigers auf Herabminderung der festgesetzten Strafe antragen, was sich aus dem im Gesetze gebrauchten Ausdruck „Urteil“ ergibt³⁾ beim Vorhandensein von 2 Voraussetzungen:

1. Die Strafe muss in einer solchen Höhe bedungen sein, dass dieselbe zum Interesse des Gläubigers in einem ungewöhnlichen Verhältnis steht. Der Beweis hiefür obliegt dem Schuldner.

2. Die Strafe darf noch nicht bezahlt sein.

Sind diese Bedingungen erfüllt, so kann — aber muss nicht — der Richter die Strafe auf den angemessenen Betrag herabsetzen, indem er für die Beurteilung des

vereinigt werden und in einem Vertrage zum Ausdrucke gelangen können der dann allerdings den für das eine Rechtsgeschäft geltenden Formvorschriften entsprechen muss.

¹⁾ Dies folgt aus dem Wortlaut des § 342: „Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339–341 Anwendung.“ Vgl. auch Deu s a. a. O. S. 16.

²⁾ Ueber die rechtspolitischen Erwägungen und Zweckmässigkeitsgründe, welche diese im Entw. I nicht enthaltenen Bestimmung zur Geltung gelangen liessen cfr. Kommiss. Protokolle S. 1565–1577. Gutachten Bd. II S. 204 und Bd. VI S. 354; vgl. ferner Oesterr. Gesetzb. § 1336 und schweizer. Obligation. Recht Art. 182.

³⁾ cfr. auch Schmitt, Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte Anm. zu § 4 S. 66.

Interesses jedes berechnigte Interesse des Gläubigers — sei es vermögensrechtlicher Natur oder — lediglich ein ideales Affektionsinteresse¹⁾ — in Betracht zu ziehen hat.

Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber eine in die Vertragsfreiheit der Parteien und in deren Recht, ihre Verhältnisse beliebigen, wenn auch noch so drückenden Bedingungen zu unterwerfen um so tiefer einschneidende Massregel getroffen, als lediglich das freie richterliche Ermessen bei der Beurteilung der Statthaftigkeit der Herabminderung in Betracht kommt.

Es ist hier ein ähnliches Moment in das Civilrecht hineingetragen worden, wie im Strafrecht bereits im Institute der mildernden Umstände vorhanden ist²⁾.

Ohne alle Direktiven³⁾ bezüglich der Zeit, welche bei Bemessung des Interesses in Ansatz zu kommen hat, hat der Richter die Möglichkeit, alle auf das betreffende Rechtsverhältnis bezüglichen Momente, die verschiedenen sich widerstrebenden Interessen des Gläubigers und Schuldners, deren wirtschaftliche Lage, die Schwierigkeit bei Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, den Grad des Verschuldens auf Seiten des Schuldners in Berücksichtigung zu ziehen. Gegen diese durch keine gesetzlichen Vorschriften beschränkte Einführung des Mässigungsrechts liegt — so heilsam die in Frage stehende Bestimmung bei dem Vertrauen, das man dem deutschen Richter bezüglich des Gebrauches der ihm hier zustehenden Befugnis entgegenbringen darf und muss, in wirtschaftlicher Beziehung der Ausbeutung des Schwachen entgegenwirken wird, und deshalb vom sozialpolitischen Standpunkte aus, nicht genug zu begrüßen ist — vom juristischen Standpunkte aus vor allem das Bedenken vor, dass das Urteil nicht konstitutive⁴⁾ Wirkung haben soll, sondern lediglich deklaratorische Kraft. Von dieser Auffassung

¹⁾ Damit ist wie in den Kommiss. Protok. ausdrücklich hervorgehoben ist, ein Mittel gegeben, um denjenigen Leistungen, die keinen Vermögenswert haben und für die gemäss § 253 ein Ersatz in Geld nicht zulässig ist, rechtliche Wirkung zu verschaffen.

²⁾ Eine Analogie dieses richterlichen Ermässigungsrechtes ist bereits in Geb. Ord f. R. A. § 93 Abs. 4 enthalten, jedoch mit der Modifikation, dass der Richter nicht über die durch den gesetzlichen Gebührenbetrag bestimmte Grenze herabgehen darf. Eine dem § 343 Abs. 1 ähnliche Bestimmung kehrt im B. G. B. wieder im § 655 beim Maklervertrag.

³⁾ cfr. die Kommissionsprotokolle zu § 422 No. 93 S. 781 ff.

⁴⁾ Siehe Dernburg Bd. I § 101. S. 381. Allerdings giebt es schon genug Sonderfälle, wo das Urteil konstitutive Wirkung hat, wie bei Teilungsklagen, Todeserklärung, Ehescheidungen etc.

aus wäre die Bestimmung des § 343 zu verwerfen, da der dem Gläubiger zustehende Anspruch auf Leistung der Strafe in der vertragsmässig bedungenen Höhe nicht feststeht, sondern erst durch den Richter geschaffen werden muss¹⁾. Nachdem aber das Gesetz dieser Bestimmung Eingang verschafft hat, hat es auch in § 343 Abs. 2:

„Das Gleiche gilt auch ausser den Fällen der §§ 339, 342, wenn Jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt“, die notwendige Konsequenz daraus gezogen und dieselbe in Anbetracht derselben Erwägungen ausgedehnt auf den Fall, wo eine Leistung versprochen wird für den Fall, dass eine andere Leistung geschehe oder unterlassen werde, für welches Verhalten aber noch keinerlei Verbindlichkeit für den Schuldner besteht. Hier handelt es sich, wie die Motive hervorheben, nicht um eine Vertragsstrafe²⁾, sondern nur um ein bedingtes Versprechen, und der Gesetzgeber will hier in konsequenter Folgerichtigkeit zu Gunsten des Schuldners kein allzu auffälliges Missverhältnis zwischen der bedingten Leistung und dem Interesse des Gläubigers an dem zur Bedingung gesetzten Verhalten des Schuldners.

Aus dieser Bestimmung des § 343 Abs. 2 erhellt zur Genüge, dass das bürgerliche Gesetzbuch die Verabredung einer Vertragsstrafe nicht als ein unter einer Potestativbedingung abgegebenes Strafversprechen auffasst. Dies ergibt sich aber auch des weiteren aus den vom Gesetz über die Strafe aufgestellten Grundsätzen, welche wesentliche Abweichungen von denjenigen bezüglich der bedingten Versprechen darstellen.

Rechtswirkungen des Strafversprechens.

§ 5

a) Die Rechte des Gläubigers bei Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner.

Die hiefür im Gesetze gegebenen Bestimmungen des § 340. § 341 und § 342 sind alle dispositiver³⁾ Natur, d. h.

¹⁾ cfr. hiezu auch Kommiss. Prot. No. 93 S. 783 und die gutachtlichen Aeusserungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II S. 204 ff und Bd. VI S. 354. Denkschrift zum Entwurf S. 50. Vgl. auch Deu a. a. O. S. 31. Neuhaus a. a. O. S. 22. Pergament a. a. O. S. 99 ff.

²⁾ Vgl. hiezu oben S. 47.

³⁾ cfr. hiezu Motive Bd. II zu § 420 S. 275, zu § 421 S. 277. Hier heisst es: dass § 421 (d. i. § 341 B. G. B.) nur insoweit Anwendung findet, als

die Parteien können etwas anderes, als das Gesetz bestimmt vereinbaren.

§ 340 Abs. 1 lautend: „Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen“ bestimmt die alternative Haftung des Schuldners, wobei dem Gläubiger das Wahlrecht gelassen ist, statt der Erfüllung die Strafe zu verlangen. Während aber das Verlangen der Strafleistung den Anspruch auf Erfüllung aufhebt, schliesst die Geltendmachung des Anspruches auf Erfüllung die nachträgliche Forderung der Strafleistung statt der Erfüllung nicht aus¹⁾).

Hat der Gläubiger den Anspruch auf die Strafleistung gewählt, so ist das alternative Element verschwunden, der Anspruch aus der Hauptverbindlichkeit ist absorbiert, und der Anspruch auf Strafforderung ist ein vollkommen selbständiges Recht geworden²⁾).

Der Absatz 2 des erwähnten § lautet: „Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen“.

Mit dieser Bestimmung folgt das bürgerliche Gesetzbuch wieder dem gemeinen Recht und dem Handelsgesetzbuch³⁾

nicht Vereinbarungen der Parteien entgegenstehen, brauchte so wenig als für den § 420 (d. i. § 340 B. G. B.) besonders zum Ausdrucke gebracht zu werden. Vgl. auch Deus a. a. O. S. 19. Neuhaus a. a. O. S. 43. Deus behauptet im § 11 S. 29 trotzdem, dass die Vereinbarung, der Schuldner solle bei Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit, ausser der Vertragsstrafe auch noch den ganzen Schaden ersetzen, gemäss der im B. G. B. durchgeführten Natur der Strafe als Schadenersatz nicht mehr möglich sei. Doch dürfte diese Ansicht nicht richtig sein, eben im Hinblick auf die dispositiven Bestimmungen des Gesetzes hinsichtlich der Vertragsstrafe. In diesem Falle ist eben die auch im B. G. B. anerkannte Natur der Vertragsstrafe als Zwangsmittel vorherrschend. (Vgl. oben S. 46.) Soweit hier nicht das richterliche Ermässigungsrecht in Anwendung gebracht wird, ist diese Vereinbarung vollkommen gültig.

¹⁾ cfr. Kommiss. Protok. zu § 420 No. 92 S. 776, ebenso Deus a. a. O.

²⁾ cfr. Sprenger a. a. O. S. 662.

³⁾ Dagegen abweichend vom französischen, österreichischen und preussischen Rechte; cfr. aber im Einklang mit obiger Bestimmung § 1429 des sächsischen Gesetzbuches, Art. 179 Abs. 2 des schweiz. Ges. bayer. Entw. Art. 50 Abs. 2, Dresdner Entw. Art. 125.

Darnach kann also der Gläubiger stets die Strafe verlangen als Mindestbetrag des ihm erwachsenen Schadens. Ist dieser Schaden geringer, so kann allerdings die Strafe herabgesetzt werden gemäss § 343.

Ist dagegen der Schadensersatzanspruch ein höherer als die bedungene Strafe, so kann der Gläubiger das plus nachfordern; dieses Recht des Gläubigers besteht jedoch nur für den Fall, dass die Strafleistung in Geld bestimmt ist¹⁾; ferner nach § 253, wenn ein Vermögensschaden vorhanden ist.

Diese Bestimmungen des Gesetzes für die Fälle, in welchen die Hauptverbindlichkeit in einem positiven Thun besteht, sind in analoger Weise auszudehnen auch auf die Fälle, in welchen die Hauptverbindlichkeit in einem Unterlassen besteht²⁾.

In dieser Vorschrift zeigt sich ganz deutlich der Doppelcharakter des Strafvertrages. Denn ist die Strafe höher bedungen als der wirkliche Schaden beträgt, dann kann trotzdem — natürlich immer abgesehen vom § 343 — dieselbe gefordert werden; sie wirkt also in diesem Falle abschreckend auf den Schuldner, der dadurch, dass er bei Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit die den wirklichen Schaden übersteigende Strafe zahlen muss, gestraft wird. Andererseits äussert sich wieder die Natur des Strafvertrages als Schadensersatz des Gläubigers zu dienen, darin, dass, wenn die im vorne herein bedungene Strafe den wirklichen Schaden des Gläubigers nicht erreicht, diese bis zur Höhe des Schadens ergänzt werden kann.

Das dem Gläubiger hier eingeräumte Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Strafleistung ist natürlich nur dann vorhanden, wenn der Gläubiger wegen Nichterfüllung der Hauptleistung, Schadensersatz beanspruchen kann, nämlich nach § 280 dann, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung ganz oder teilweise³⁾ wegen eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Da aber nach § 280 der Anspruch auf Schadensersatz dann noch nicht gegeben ist, wenn die Erfüllung der Leistung noch möglich ist, so hat der Gläubiger lediglich den Anspruch auf Erfüllung oder die Strafleistung⁴⁾.

1) Siehe Kommiss. Protokolle zu § 420 No. 92 S. 776 und vgl. auch die Vorschrift des § 342 in fine. Vgl. Deu s a. a. O. S. 20. Endemann a. a. O. S. 603.

2) Vgl. Deu s a. a. O. S. 21.

3) cfr. Motive Bd. II zu § 240 S. 49.

4) Dies folgt aus den Motiven Bd. II zu § 420 S. 276, wo ausdrücklich

Hat der Gläubiger bei Nichterfüllung seitens des Schuldners infolge eines von diesem zu vertretenden Umstandes das ihm nach § 325 zustehende Rücktrittsrecht statt des Anspruchs auf Schadensersatz gewählt, so hat der Gläubiger keinen Anspruch auf die Vertragsstrafe; denn diese ist nur bestimmt, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, während beim Gebrauch des Rücktrittsrechtes der Anspruch hierauf ausgeschlossen ist. (cfr. Motive Bd. II zu § 420 a. E. S. 276)¹⁾.

Im allgemeinen sind auch bezüglich des Strafvertrages die für die Alternativ-Obligationen geltenden Bestimmungen des § 262 ff in Anwendung zu bringen²⁾.

Besonders als wichtig hier zu nennen, ist die Vorschrift des § 264 Abs. 2, wonach der Gläubiger das Wahlrecht an den Schuldner verliert für den Fall, dass der Gläubiger, dem die Ausübung des Wahlrechts zusteht, in Verzug kommt und die Wahl innerhalb der vom Schuldner bestimmten Frist nicht vornimmt.

§ 6.

b) Rechte des Gläubigers bei Strafverträgen hinsichtlich nicht gehöriger Erfüllung.

Der § 341 Abs. 1: „Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen“ ist bestimmt für den Fall, wo die Strafe sich nicht auf gänzliche Nichterfüllung bezieht — hier kommt § 340 zur Anwendung — sondern lediglich auf eine Ungehörigkeit in der Erfüllung, namentlich bei nicht rechtzeitiger Erfüllung.

Für diesen Fall kann sowohl Strafe als Erfüllung seitens des Gläubigers gefordert werden, es tritt hier, ebenso wie im gemeinen Rechte kumulative Haftung ein; diese Benennung ist, wie wir schon früher bemerkt, unrichtig; denn die Strafe ist hier bestimmt als Ersatz des Interesses, welches der Gläubiger an der Einhaltung gewisser Modalitäten — meist werden es Zeit und Ort sein —

gesagt ist: Nur für den Fall, wenn der Gläubiger statt der noch möglichen Erfüllung die Strafe wählt, ist es diesem versagt, wegen Nichterfüllung, das Interesse, soweit sich dasselbe höher als die Strafe beläuft, zu fordern.

¹⁾ Vgl. De us a. a. O. S. 22.

²⁾ Vgl. Motive Bd. II zu § 420. S. 276.

bei der Erfüllung hat; daneben aber besteht für den Gläubiger noch gesondert das Interesse an der Erfüllung überhaupt¹⁾. Kann der Gläubiger auf Grund der nicht gehörigen Erfüllung Schadensersatz verlangen, so kommen nach Abs. 2 des § 341 die oben (Seite 55 ff.) behandelten Vorschriften des § 340 Abs. 2 in Anwendung.

Die kumulative Haftung des Schuldners bezüglich der Erfüllung der Hauptleistung und der Zahlung der Strafe im Sinne des § 341 tritt jedoch nur dann ein, wenn der Gläubiger sich bei Annahme der Hauptleistung die Strafleistung vorbehalten hat²⁾.

Hat der Gläubiger dies zu thun versäumt, so wird präsumiert, dass er auf die Strafe verzichtet³⁾. Des weiteren sei hier die im Gesetzbuch nicht geregelte Frage erörtert, welche Wirkung die teilweise Erfüllung in den Fällen des § 340 und 341 auf die Verpflichtung des Schuldners zur Strafleistung ausübt. Die Motive⁴⁾ besagen, dass — mit Ausnahme der Fälle, wo die Parteien etwas anderes vereinbart haben — der Gläubiger auch bei teilweiser Erfüllung die ganze Strafe verlangen kann⁵⁾. Aber gerade hier wird für das Ermässigungsrecht ein weites Feld der Anwendung gegeben sein, da ja doch meist durch teilweise Erfüllung das Interesse des Gläubigers an der ganzen Erfüllung sich mindern wird, wodurch dann auch auf Verlangen des Schuldners eine Herabsetzung des Strafanspruches sich ergeben wird.

Bezüglich der Frage, wie es zu halten sei, wenn mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner bei der durch die Vertragsstrafe gesicherten Verbindlichkeit vorhanden sind, ist im Gesetze und in den Motiven keine ausdrückliche Bestimmung getroffen⁶⁾.

¹⁾ Vgl. Neuhaus a. a. O. S. 39.

²⁾ Vgl. die im Einklange hiemit stehenden § 1429 des säch. Gesetzb., Art. 179 Abs. 2 des schweizer. Bundesges.

³⁾ Der letzte Satz des § 421 Entwurf I lautete: „Diese Vorschrift (d. i. die Präsumption des Verzichts seitens des Gläubigers auf die Strafleistung) findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger bei Annahme der Hauptleistung von seinem Rechte auf die Strafleistung, oder vom Eintritt der Voraussetzungen derselben nicht unterrichtet war.“ cfr. Hiezu Sprenger a. a. O. S. 668. Diese Bestimmung wurde von der Kommission gestrichen. cf. Kommissions-Protokolle zu § 421 No. 92 S. 778. Vgl. hiezu auch Deus a. a. O. S. 25.

⁴⁾ Motive Bd. II zu § 421 S. 277.

⁵⁾ cfr. Windscheid § 285 Nr. 2 und Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 22 No. 59. Endemann a. a. O. S. 603. Deus a. a. O. S. 26. Neuhaus a. a. O. S. 45. Cosack a. a. O. § 93 No. 3 b. a. E. S. 324.

⁶⁾ cfr. Motive Bd. II zu § 421 S. 277.

Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Mehrere Schuldner schulden eine teilbare Leistung, welche nicht auf Vertrag beruht. Hier liegt eine geteilte Obligation vor, so dass jeder Schuldner aus der Hauptobligatio nur anteilmässig verpflichtet ist¹⁾. Für die zur Sicherung eines solchen Schuldverhältnisses bedungene Vertragsstrafe sind gemäss § 427²⁾, — da dieselbe durch Vertrag begründet ist — alle Schuldner gesamtverbindlich verhaftet. Der Gläubiger kann demnach gemäss § 421 alle mit ihrer Verpflichtung säumigen Schuldner in der Weise in Anspruch nehmen, dass die Leistung des einen die anderen befreit³⁾.

Von denjenigen Schuldnern aber, welche nach Verhältnis ihres Anteiles an der Hauptobligatio ihre Pflicht erfüllt haben, kann der Gläubiger die Vertragsstrafe nicht verlangen, denn bei ihnen sind die Voraussetzungen für den Verfall der Strafe nicht vorhanden⁴⁾.

2) Es schulden mehrere eine unteilbare Leistung; in diesem Falle haften gemäss § 431 sämtliche als Gesamtschuldner; dies ist gemäss § 427 auch dann der Fall, wenn mehrere sich durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten. Hier kann der Gläubiger also von jedem die Hauptleistung verlangen und die Erfüllung von Seite des einen befreit alle anderen. Ist nun zur Sicherung dieser Hauptleistung eine Vertragsstrafe vereinbart, so kann der Gläubiger auch diese — sei dieselbe nun bestimmt, die Erfüllung überhaupt oder nur die gehörige Erfüllung zu sichern — von jedem Schuldner verlangen, und die Leistung desselben befreit alle übrigen⁵⁾.

3) Ist nun aber von mehreren eine Leistung in der Weise versprochen, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger nur einmal zu

¹⁾ Dies folgt aus § 420. „Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Teile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Teile berechtigt.“

²⁾ Derselbe lautet: „Verpflichten sich mehrere durch Vortrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.“

³⁾ Denn im 1. Satz des § 422 heisst es: Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen übrigen Schuldner.

⁴⁾ Vgl. auch De us a. a. O. S. 27.

⁵⁾ Die Kommissionsprotokolle zu § 340, S. 895 – 898 erklären ausdrücklich: „Die korreale Haftung des Schuldners bleibt auch bestehen, wenn an Stelle der unteilbaren Leistung eine teilbare, insbesondere Wertsersatz oder Schadensersatz tritt.“

fordern berechtigt ist (Gesamtschuld-Verhältnis), so kann der Gläubiger, wenn zur Sicherung dieser Leistung eine Vertragsstrafe vereinbart worden ist, von jedem Schuldner nach Belieben die Strafe fordern und zwar ganz oder zum Teile. Bis zur Zahlung der ganzen Strafe bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet (§ 421)¹⁾.

Gemäs § 426 aber hat der vom Gläubiger in Anspruch genommene Schuldner, sofern nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eine andere Bestimmung besteht, das Recht gegenüber den anderen Schuldnern Ausgleichung zu verlangen und zwar geht in diesem Falle der Anspruch des von ihm befriedigten Gläubigers durch eine *cessio ex lege* auf ihn über²⁾. Diese Uebertragung kann jedoch nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

4) Wird mehreren Gläubigern eine Leistung in der Weise geschuldet, dass jeder Gläubiger nur einen Teil zu verlangen berechtigt ist, so kann derjenige Gläubiger, dem gegenüber nicht erfüllt worden ist, von der zur Sicherung dieser Leistung bestimmten Vertragsstrafe den auf ihn fallenden verhältnismässigen Anteil fordern³⁾.

5) Bei dem Falle, dass auf Gläubigerseite eine Mehrheit von Personen vorhanden ist in der Weise, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist, kann der Schuldner von jedem Gläubiger auf die Strafe belangt werden; die Leistung derselben an einen der mehreren Gläubiger befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit, auch wenn ein anderer bereits Klage erhoben hat (§ 428).

Die mehreren Gläubiger sind aber gegenüber dem Gläubiger, welchem die Strafe vom Schuldner geleistet worden ist nach § 430 nach Verhältnis ihrer Anzahl an der Strafforderung zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit eben durch Rechtsgeschäft und Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

6) Ist endlich die an mehrere Gläubiger geschuldete Leistung eine unteilbare, ohne dass diese hinsichtlich dieser Leistung im Verhältnis von Gesamtgläubigern stehen, so kann nach Verfall der zur Sicherung dieser

¹⁾ Diese Sätze gelten auch für die sub 1 und 2 behandelten Fälle.

²⁾ cfr. Motive Bd. II zu § 337 S. 170. Dies gilt auch für die sub 1 und 2 gebrachten Fälle.

³⁾ Anders Deus a. a. O. S. 28. Die im Text vertretene Ansicht folgt aus § 421. Vgl. auch hier weiter unter 6.

Leistung ausbedungenen Strafe — soferne diese selbst in einer teilbaren Leistung besteht — ein jeder Gläubiger die Strafe verlangen nur nach dem Verhältnis seines Anteiles¹⁾. Denn die Strafe vertritt das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung, ist diese aber nicht erfolgt, so tritt nach der Wahl der Strafe seitens eines Gläubigers eine teilbare Obligation an Stelle der früher unteilbaren und gemäs § 421 ist im Zweifel ein jeder von mehreren Gläubigern, die eine teilbare Leistung zu fordern haben, nur zu einem gleichen Anteile berechtigt.

Ist dagegen die als Strafe bedungene Leistung selbst nicht teilbar, so kann nach § 432 der Schuldner nur an alle leisten; jeder Gläubiger kann nur die Leistung an alle fordern oder verlangen, dass der Schuldner die geschuldete Leistung für alle Gläubiger hinterlege oder an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefern.

§ 7.

Der Verfall der Strafe.

Im § 339 ist bestimmt:

„Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

Auch diese Vorschrift ist keine absolute, sie muss weichen, wenn nach den Umständen eine andere Intention der Parteien sich ergibt (cfr. Motive Bd. II zu § 422 S. 278²⁾). Darnach ist für den Verfall der Strafe Verzug des Schuldners erforderlich. Nach dem § 284³⁾ ist Voraussetzung für den Eintritt des Verzugs die Fälligkeit des Anspruches des Gläubigers, wozu noch Mahnung des Gläubigers hinzukommen muss. Letztere ist nicht erforderlich, wenn für die Leistung ein bestimmter kalendermässiger Termin bestimmt ist, oder wenn der Leistung eine solche Kündigungsfrist vorauszugehen hat, dass nach dem Kalender der Tag an welchem die Leistung erfüllt

¹⁾ Anders Deu s a. a. O. S. 29.

²⁾ cfr. Deu s a. a. O. S. 18 und Endemann a. a. O. S. 600.

³⁾ Motive Bd. 2 zu § 245; vgl. auch Endemann a. a. O. S. 613 und Cosack S. 342 ff. a. a. O.

werden soll, sich bestimmen lässt; in diesen beiden Fällen ¹⁾ gilt der Grundsatz „dies interpellat pro homine“ ²⁾).

Aus § 271 Abs. 1 folgt ³⁾, dass mangels einer für die Leistung bestimmten Zeit, Fälligkeit der Forderung sofort, d. h. mit der Begründung der Verbindlichkeit eintritt, es sei denn, dass nach der Natur der Leistung dem Schuldner eine gewisse Zeit zur Vollendung nötig ist, oder dieser gewisse Vorbereitungen zur Erfüllung der Leistung zu treffen hat, oder dass andererseits dem Gläubiger nach Lage des Falles eine sofortige Annahme der Leistung nicht zugemutet werden kann ⁴⁾. Die zweite Voraussetzung für den Verzug und damit für die Verwirkung der Strafe ist die Mahnung. Diese ist ein einseitiges formloses Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ⁵⁾.

Nach § 285 lautend:

„Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat“, ist als weitere Voraussetzung des Verzugs und damit auch der Vertragsstrafe das Verschulden bzw. die Vertretungspflicht des Schuldners verlangt.

Nach § 276 hat der Schuldner vor allem Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wozu dann noch die vielen vom Gesetze einzeln aufgestellten Fälle der Vertretungspflicht kommen ⁶⁾.

Diese Verantwortlichkeit des Schuldners für das Ausbleiben der Erfüllung braucht der Gläubiger nicht zu beweisen, sondern nach § 282 obliegt dem Schuldner der Nachweis, dass die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nicht bewirkt wurde.

Nach § 279 ferner lautend:

¹⁾ cfr. hierzu Sprenger a. a. O. S. 676 Anm. 81, wonach aus diesem Prinzip sowie aus § 271 folgt, dass der Gläubiger die Strafe nicht vor der bestimmten Zeit fordern darf, auch wenn die Unmöglichkeit dieser Leistung sich schon vor dieser Zeit herausgestellt hat.

²⁾ cfr. Motive Bd. 2 zu § 245 S. 56 ff.

³⁾ § 271: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.“ Vgl. Endemann a. a. O. S. 608.

⁴⁾ cfr. Motive Bd. II zu § 231 S. 37 ff.

⁵⁾ cfr. Motive Bd. II zu § 245. Die Klageerhebung und Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gilt auch als Mahnung nach § 284 Abs. 1 B. G. B. Vgl. näher Endemann a. a. O. S. 614.

⁶⁾ Vgl. hierüber Endemann a. a. O. S. 582 und 481. „Das ist eine Zusammenfassung aller Haftungsgründe mögen sie sich auf das Verschulden gründen oder ohne Verschulden eingreifen.“

„Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt,“ ist eine Haftung aus Verzug ohne Verschulden aufgestellt.

Diese Sätze gelten alle nur dann, wenn die Strafe bedungen ist für den Fall, dass die Verbindlichkeit, deren Erfüllung durch die Strafe gesichert ist, in einem positiven Thun besteht.

Ist es dagegen eine Unterlassung, die den Gegenstand der durch die Strafe zu sichernden Verbindlichkeit bildet, so ist Verschulden auf Seite des Schuldners nicht verlangt, um die Verwirkung der Strafe herbeizuführen; es genügt lediglich die Thatsache, dass der Schuldner — seiner Verpflichtung zuwider — die Handlung, deren Unterlassung er versprochen hat, vorgenommen hat.

Der Verfall der Strafe tritt ferner nicht ein durch das nachträgliche Unmöglichwerden der Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes, denn nach § 275 wird in einem solchen Falle der Schuldner von seiner Verbindlichkeit zur Leistung frei und damit fällt auch seine Verpflichtung zur Strafe weg. Dies erhellt aus der gestrichenen Bestimmung des Entwurfs I § 423: „Ist die Verbindlichkeit, deren Erfüllung das Recht auf Strafe begründen würde, erloschen, ohne dass die Strafe vorher verwirkt war, oder ist die Nichterfüllung der Verbindlichkeit vom Gläubiger verschuldet, so kann die Strafe nicht verlangt werden²⁾).

Ferner ist hieraus ersichtlich, dass der Anspruch des Gläubigers auf die Strafe ausgeschlossen ist, wenn dieser mit der Empfangnahme der Leistung im Verzuge ist.

1) Vgl. Endemann a. a. O. S. 583, Um nur ein Beispiel anzuführen: nach § 278 muss der Schuldner das Verschulden seiner Hilfspersonen vertreten.

2) cfr. Kommissions-Protokolle zu § 260 Nr. 49 S. 329 und zu § 423 Nr. 93 S. 787. Die Streichung erfolgte in folgender Erwägung: Eine vernünftige Auslegung könne nicht wohl die Verwirkung einer Vertragsstrafe noch für möglich halten, wenn die Verbindlichkeit selbst nicht mehr bestehe. Ebensowenig brauche der Satz in dem Gesetz ausgesprochen werden, dass die Strafe nicht verlangt werden könne, wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit von dem Gläubiger verschuldet sei. Nachdem die allgemeine Vorschrift des § 260 Entwurf I: wonach die Folgen der Nichtleistung bei Annahmeverzug des Gläubigers in den Fällen, wo dem Schuldner rechtliche Nachteile (wie Verwirkung einer Vertragsstrafe u. s. w.) bei Nichterfüllung treffen würden, nicht eintreten, als überflüssige Auslegungsregel

Diese Konsequenzen folgen zum Teil auch aus dem Erfordernis eines Verschuldens des Schuldners zur Verwirkung der Strafe, wovon in den beiden letzterwähnten Fällen keine Rede sein kann.

Zum andern Teil sind diese Sätze aus dem Prinzip der materiell accessorischen Natur der Vertragsstrafe zu entnehmen, wonach die Strafe bis zu ihrer Verwirkung ein Accessorium der Hauptverbindlichkeit bildet und falls diese erlischt oder nicht mehr besteht, auch das Erlöschen der Strafe als notwendige Folge eintreten muss.

§ 8.

Uebertragung des Anspruches auf Vertragsstrafe.

Eine weitere Konsequenz aus der accessorischen Natur der Vertragsstrafe ist es, dass diese ohne die Hauptverbindlichkeit nicht übertragen werden kann, so lange die Strafe nicht verwirkt ist; vielmehr ist aus dem § 401 zu entnehmen, dass mit Abtretung der Hauptverbindlichkeit auch die Vertragsstrafe auf den neuen Gläubiger übergeht in analoger Anwendung — die in den Motiven zu § 297 Entwurf I gestattet ist — der für die Hypotheken oder Pfandrechte oder Bürgschaften in diesem Paragraphen ausgesprochenen engen Zusammengehörigkeit der Hauptforderung.

Des weiteren kommt hieher der § 399 in Betracht, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann. Die Uebertragung des Strafanspruches vor Verwirkung ohne die Hauptforderung würde aber eine solche Veränderung notwendig machen; denn der Schuldner bliebe dem Cedenten auf die Erfüllung der Hauptleistung verpflichtet, gleichzeitig aber auch dem Cessionar auf die Strafe, diese setzt aber nach dem B. G. B. eine andere giltige Verpflichtung voraus; eine solche besteht aber gar nicht gegenüber dem Cessionar.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist der, die Strafe ist bestimmt, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu fixieren und die Erfüllung zu sichern. Diese Funktionen der Strafe kommen aber

gestrichen worden sei, so bedürfe es umso weniger der Hervorhebung einer Konsequenz aus dieser allgemeinen Bestimmung.

bei einer Uebertragung ohne die Hauptverbindlichkeit ganz in Wegfall und damit wäre auch der Begriff und Zweck der Strafe verloren¹⁾).

Dagegen ist es ein anderer Fall, wenn die bereits verwirkte Strafe allein zu übertragen wäre; dieselbe bildet einen vollkommenen selbständigen von der Hauptobligation unabhängigen Anspruch, der auch selbständig übertragen werden kann.

§ 9.

Die Beweislast.

Im § 345 ist bestimmt:

„Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.“

Macht also der Gläubiger den Anspruch auf die Strafe geltend, so hat er nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Gesetzbuches²⁾ hinsichtlich der Beweislast zu beweisen diejenigen Thatsachen, welche sein Recht begründen, das Vorhandensein der Hauptverbindlichkeit, sowie den Abschluss des Strafvertrages³⁾ — sei es dass derselbe zur Sicherheit der Erfüllung überhaupt oder nur der gehörigen Erfüllung abgeschlossen ist. —

Damit ist dann bis zum Beweis des Gegenteils feststehend, dass dieser Anspruch noch fortbesteht. Sache des Schuldners, der die Verwirkung der Strafe in Abrede stellt, ist es, die den Klagsanspruch entkräftenden Thatsachen zu beweisen, nämlich dass die Erfüllung von seiner Seite aus erfolgt sei.

Hat dagegen der Gläubiger im Falle des § 341 Abs. 3, wo die Strafe zur Sicherung der gehörigen Erfüllung bedungen ist, die Erfüllung angenommen unter Vorbehalt des Strafanspruches, so obliegt ihm die Beweislast⁴⁾, denn

¹⁾ Vgl. hierher auch die Bestimmungen der §§ 1153, 1250 B. G. B. auf welche die Motive Bd. II zu § 295 S. 121 Bezug nehmen, indem gesagt wird: „Ausdrückliche Bestimmungen über die Abtretbarkeit des Anspruches auf eine Vertragsstrafe oder Bürgschaftsforderung erscheinen nicht geboten.“

²⁾ cfr. Motive Bd. I zu § 193—195 S. 383. Der richtige Satz, dass wenn besondere kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts an die Nichterfüllung eines positiven Schuldverhältnisses geknüpfte Rechtsfolgen geltend gemacht werden, der Gläubiger nicht die Nichterfüllung sondern der Schuldner die Erfüllung zu beweisen habe, hat in den §§ 425 (= 345 B. G. B.) und 434 Abs. 2 = (358 B. G. B.) Berücksichtigung gefunden.

³⁾ cfr. Deus a. a. O. S. 30.

⁴⁾ Vgl. Endemann a. a. O. S. 603 Anm. 7. Deus a. a. O. S. 30.

in diesem Falle ist die Thatsache des Vorbehalts rechtsbegründend für den Anspruch auf die Strafe.

Ist ferner im Falle des § 340, wo die Strafe zur Sicherung der Erfüllung überhaupt bedungen ist, vom Gläubiger eine demselben als Erfüllung angebotene Leistung angenommen worden, und wird von demselben die Strafe gefordert, weil er die Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will, indem er eine andere als die geschuldete Leistung oder diese unvollständig empfangen haben will, so trifft gemäss § 363 den Gläubiger die Beweislast.

Im Falle der uneigentlichen Vertragsstrafe § 343 Abs 2), welche ja (vgl. oben S. 47 f.) nichts anderes als ein bedingter Vertrag ist, ist die Beweislast natürlich die nämliche wie bei den bedingten Rechtsgeschäften überhaupt. Derjenige, welcher die Strafe beansprucht, hat den Abschluss des Vertrages unter den gegebenen Bedingungen zu beweisen¹⁾ und ebenso die Erfüllung der Bedingung²⁾.

Besteht dagegen die Verbindlichkeit des Schuldners in der Unterlassung einer Handlung, so hat der Gläubiger ausser der ihm an und für sich schon obliegenden Pflicht, die Hauptverbindlichkeit und den Strafvertrag zu beweisen, noch die Vornahme jener Handlung durch den Schuldner darzuthun, denn sein Anspruch auf die Vertragsstrafe ist erst mit diesem Nachweis begründet.

§ 10.

Die Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897.

In § 348 ist bestimmt:

„Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 B. G. B. herabgesetzt werden.“

Es gilt also für Vertragsstrafen von Kaufleuten das richterliche Ermässigungsrecht nicht, während im übrigen alle Bestimmungen des B. G. G. insbesondere der § 138 B. G. B. auch für das Handelsrecht Geltung haben. Als Grund für diese Sonderbestimmung hinsichtlich des Ermässigungsrechtes führt die Denkschrift³⁾ an:

¹⁾ cfr. Endemann a. a. O. S. 325.

²⁾ cfr. Derselbe a. a. O. S. 331.

³⁾ Vgl. hiez u auch Hahn, Materialien zum H. G. B. S. 623, wonach die Kommission die Streichung beantragte und dann S. 738—754, wonach der § 339 wieder im Plenum des Reichstages angenommen wurde. Diese

„Es bedürfte für den Handelsverkehr, in welchem mit der pünktlichen und genauen Erfüllung aller Verbindlichkeiten in höherem Masse gerechnet werden müsse, als im bürgerlichen Verkehr, mit Rücksicht auf die im § 343 des B. G. B. den Gerichten übertragenen Befugnis, eine verwirkte Strafe, wenn sie unverhältnissmässig hoch sei, durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabzusetzen, einer besonderen Vorschrift. Es darf auch im allgemeinen angenommen werden, dass ein selbständiger Kaufmann, der sich zu einer Leistung durch Vereinbarung eines Strafgedinges verpflichtet, die Tragweite seines Versprechens richtig würdigt.“

Eine zweite Sonderbestimmung ist im § 75 Abs. 2 enthalten:

„Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, dass er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung (nämlich hinsichtlich der in § 74 geregelten Konkurrenzklausel) nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnissmässig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt¹⁾).

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.“

Darnach besteht also für den Gläubiger — Prinzipal — lediglich ein Anspruch auf Strafe entgegen den im B. G. B. aufgestellten Sätzen bezüglich der wahlweisen Geltendmachung des Anspruches auf Erfüllung oder der Strafforderung oder des die Strafforderung übersteigenden Schadens.

Ist jedoch diese Strafe zu hoch, so kann sie auf Antrag des Handlungsgehilfen vom Gericht nach § 343 B. G. B. entsprechend herabgemindert werden.

Die hier für die Handlungsgehilfen gegebenen Vorschriften sind gemäss § 76 H. G. B. auch auf die Handlungslehrlinge in Anwendung zu bringen.

Schlussbemerkung.

Klar und deutlich, wie die vorstehend behandelten Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches betreffend

äusserst interessanten Ausführungen haben keinerlei juristische, sondern lediglich gesetz-politische Bedeutung.

¹⁾ Da die Bestimmungen des VI. Abschnittes des H. G. B. (mit Aus-

die Vertragsstrafe sind, zeichnen sich dieselben noch besonders dadurch aus, dass sie für das praktische Leben äusserst zweckmässig und den Bedürfnissen des Lebens anpassungsfähig sind.

Wenn auch hier im bürgerlichen Gesetzbuch Vorschriften gegeben sind, die vom römischen Recht abweichen, so nähern sich doch sehr viele wiederum dem gemeinen Rechte, weit mehr wie es im preussischen, oesterreichischen oder französischen Recht der Fall ist, so dass auch für das bürgerliche Gesetzbuch der römisch-rechtliche Begriff der Vertragsstrafe im allgemeinen aufrecht zu halten ist, wonach die Vertragsstrafe diejenige „vertragsmässig festgesetzte Leistung ist, zu deren Bewirkung jemand sich verpflichtet, für den Fall, dass er eine andere giltige Verbindlichkeit — sei es dass diese auf ein positives Thun oder auf eine Unterlassung gehe — nicht oder nicht gehörig erfüllt zu dem Zwecke, dass einerseits dadurch das Interesse des Gläubigers im voraus bestimmt ist, andererseits, dass dadurch der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit veranlasst wird.“

nahme des § 65) am 1. Januar 1898 in Kraft traten (Einführungsgesetz zum neuen H. G. B. Art. 1 Abs. 2) während das bürgerliche Gesetzbuch erst am 1. Januar 1900 in Kraft tritt, so können jetzt die Bestimmungen desselben über die Vertragsstrafe hier noch nicht in Anwendung kommen. Es gilt lediglich der in § 75 bestimmte Satz und die Bestimmungen des alten H. G. B. § 284 während dieser 2 Jahre, soweit die letzteren nicht mit der neuen Bestimmung des § 75 in Widerspruch stehen, vor allem also der § 284 Abs. 1. Durch die Klausel, dass die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unberührt bleiben, sind diese nicht in § 75 aufgenommen und wird auch nicht deren Geltung angeordnet. cfr. Staub, Supplement z. H. G. B. S. 23 und 24.

Benützte Litteratur.

- Arndts Pandekten, 14. Auflage 1889.
- Bähr, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 9, S. 578—585.
- Bernhard Johann Baptist: Von der Konventionalstrafe. Würzburg 1843.
(Inaugural-Dissertation.)
- Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Seuffert, Glück etc.
- Braun: Disputatio iuridica de poena conventionali maxime in matrimonialibus. Jenae 1707.
- Brinz: Pandekten, Bd. II, Erlangen 1879.
- Brissonius: de formulis, liber IV.
- Bruns: fontes iuris Romani antiqui ed. VI. 1893.
- Code Napoléon: französischer und deutscher Text, mit Anmerkungen von Erhard. Dessau 1808.
- Codice civile per il regno d'Italia permulg. con R. decreto 25. VI. 1865. Milano 1891.
- Collatio librorum iuris antejustiniani ed. Krieger-Mommsen-Studemund.
- Corpus iuris civilis: ed. Mommsen-Krieger.
- Corpus iuris civilis: glossatum Lugduni 1604.
- Corpus iuris civilis, deutsch von Otto, Schilling und Sintenis.
- Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches.
- Cuiacius, commentarii ad Tit. 1, Lib. 45 de Verborum Obligationibus, Frankfurt a. M. 1599.
- Danzer: Das bayerische Landrecht vom Jahre 1756. München 1894.
- Degenkolb: Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage. Archiv für civilist. Praxis. Bd. 71, S. 78.
- Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.
- Dernburg, Pandekten, 3. Auflage 1892 und 4. Auflage 1894.
- Dernburg, preussisches Privatrecht. 3. Auflage. 1882.
- Deus: Vertragsstrafe nach bürgerlichem Gesetzbuch, Erlanger Dissertation 1896.
- Eisele, Klagekonkurrenz. Archiv für civilist. Praxis, Bd. 79, S. 368.
- Ellinger, Handbuch des österreichischen Civilrechts. Wien 1858.
6. Auflage.
- Endemann: Handbuch des deutschen Handels- und Wechselrechts. Bd. 2. 1884.

- Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches.
3. Auflage. I. Band. Berlin 1898.
- Entscheidungen die, des Reichsgerichts in Civilsachen.
- Entscheidungen die, des Reichsoberhandelsgerichts.
- Entscheidungen die, des obersten Landesgerichts für Bayern in
Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1. und
2. Lesung und Reichstagsvorlage.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern
mit Motiven. München 1861/64.
- Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts nebst Proto-
kollen. Dresden 1863 ff.
- Fitting: Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingung, im Archiv für
civilist. Praxis, Band 6 der neuen Folge.
- Förster-Eccius, preussisches Privatrecht. 6. Auflage. 1892.
- Framheim: Cessibilität der Konventionalstrafe. Erlangen 1895.
- Frankenburger, das neue deutsche Handelsgesetzbuch nebst Ein-
führungsgesetz.
- Gareis: das deutsche Handelsrecht. 5. Auflage. Berlin 1895.
- Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast.
Jena 1858.
- Gesetzbuch, Bürgerliches für das Königreich Sachsen, von Siebenhaar.
5. Auflage. Leipzig 1883.
- Glück, Erläuterungen der Pandekten.
- Goddaeus, commentarii de contrahenda et committenda stipulatione.
- Hahn, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. VI. Bd.
Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.
- Haidlen Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den
Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.
- Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt.
von Geldschulden. Braunschweig. 1868.
- Heimbach, „Konventionalstrafe“ in Weiske's Rechtslexikon
2. Auflage. 1844.
- Hellwig, über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Archiv für civilist.
Praxis, Bd. 86.
- Hölder, „Konventionalstrafe“ in Holtzendorff's Rechtslexikon.
3. Auflage. 1881.
- Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Auf-
lage. 1864.
- Jäger, de stipulatione poenae quae etiam poenam conventionalem vocant.
Jenae 1839. (Comm. inaug.)
- Ihering, Geist des römischen Rechts. 4. Auflage. 1878.
- Keller, Pandekten, 2. Auflage, 1866.
- Kersten, de poena conventionali. Leipziger Inaugural-Dissertation 1839.

- Koch, allgem. Landrecht für die preussischen Staaten. 8. Auflage 1864.
- Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum civilem. München 1864.
- Krüll, Handbuch des kgl. bayerischen gemeinen bürgerlichen Rechts. Landshut 1807/8.
- Landrecht für das Grossherzogthum Baden nebst Handelsgesetzen. Amtliche Ausgabe 1854.
- Lauterbach: Dissertationes academ. Vol. 3. 113. de poena conventionali. Tubingae 1828.
- Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.
- von Madai, die Lehre von der mora. Halle 1837.
- Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3. Auflage. 1885.
- Mann, Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Göttinger Inaugural-Dissertation 1890.
- Manns, Von der Konventionalstrafe. Frankfurt a. M. 1876.
- Marcadé, französisches Civilrecht.
- Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1888.
- Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte.
- Nettelblatt, der Strafvertrag nach gemeinem Rechte. Ludwigslust 1886.
- Neuenfeldt, Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzip nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885.
- Neuhaus, Konventionalstrafe nach bürgerlichem Gesetzbuch. Erlanger Dissertation 1897.
- Pergament, Konventionalstrafe und Interesse. Berlin 1896.
- Priess, Commentatio iuridica utrum poena conventionalis pro surrogato obligationis principalis habenda sit. Rostockii 1774.
- Protocolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin (J. Guttentag'sche Verlagsbuchhandlung) 1897.
- Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 5. Auflage. 1882 und 1885.
- Puchta, Institutionen. 9. Auflage. 1881.
- Puchta, Pandekten. 12. Auflage. 1877.
- Quaritsch, Institutionen und Rechtsgeschichte. Compendium des röm. Privatrechts und Civilprocesses. 6. Auflage. Berlin 1888.
- Randa, Zur Lehre von den Zinsen und der Konventionalstrafe. Allgemeine österreichische Gerichtszeitung. XX. Jahrgang (Neue Folge VI. Jahrgang) Nr. 76.
- Ravit, Ueber unsittliche Bedingungen und Verträge. Archiv für civilist. Praxis, Bd. 58 (neue Folge Bd. 8).
- Rehbein und Reincke, Allgemeines Landrecht, 5. Auflage. Berlin 1894.
- Reingruber J. B., Abhandlungen über dunkle Civilgesetzesstellen. Landshut 1814.

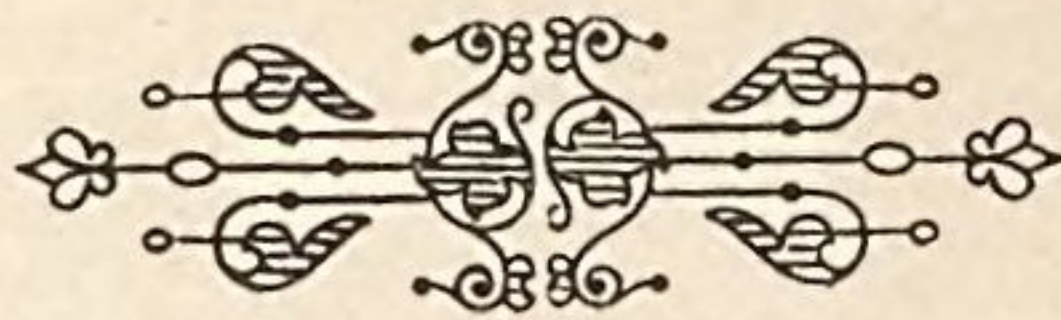
- de Retes: de stipulatione poenali, bei Meermann, novus thesaurus tom. 7. Hagae 1753.
- Richter: Dissertatio iuridica de contractu rato manente poena conventionali quoque soluta. Lipsiae 1751.
- Salkowski, Zur Lehre von der Novation. Leipzig 1866.
- Salkowski, Lehrbuch der Institutionen. 6. Auflage. Leipzig 1892.
- Salpius, Novation und Delegation nach römischem Rechte. Berlin 1864.
- Savigny, Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. 2 Bde. Berlin 1851/53.
- Schmitt, Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. München 1894.
- Schneider und Fick, Das schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1882.
- Seeler, zur Lehre von der Konventionalstrafe. Halle 1891.
- Seuffert J. A., Praktisches Pandektenrecht. 2. Auflage. Würzburg 1848.
- Seuffert L., Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts.
- Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
- Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts.
- Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Auflage. Leipzig 1861.
- Speka, Die Konventionalstrafe als Interessenersatz (Berliner Doktorschrift).
- Sprenger, Die Konventionalstrafe nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, in Gruchot's Beiträgen Bd. 33. S. 638—686.
- Syögren, Ueber die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.
- Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. Berlin 1898 mit Supplement.
- Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch.
- Thöl, Handelsrecht, 4. Auflage. 1862.
- Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.
- Uellenberg: De poena conventionali iuris communis quod in Germania obtinet codicumque iuris qui in provincia Rhenana Borussica valent. Bonnae 1866. Inaugural-Dissertation.
- Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 3. Auflage. Leipzig 1868.
- Unterholzner, Schuldverhältnisse. Leipzig 1840.
- Vangerow, Pandekten. 7. Auflage. 1869.
- Wächter, Pandekten. Leipzig 1881.
- Weber, Commentatio iuridica sistens quaedam ex materia de poena conventionali. Rostochii 1824.
- Wendt, Pandekten. Jena 1888.
- Wendt, „Rechtsatz und Dogma“ in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 22, S. 398—414.
- Wilmowski und Levi, Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Kommentar. 7. Auflage. 1895.

Windscheid, Pandekten, 7. Auflage 1891.

Witte, Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succesion in obligatorischen Rechtsverhältnissen in der kritischen Vierteljahrschrift Bd. VIII, Nr. 6 und 11 und Bd. IX, Nr. 15.

Wolff, Die Lehre von der mora. Göttingen 1841.

Zachariae von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts. 7. Auflage. Freiburg 1886.



Windscheid, Pandekten, 7. Auflage 1891.
Witte, Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession
in obligatorischen Rechtsverhältnissen in der kritischen Vierteljahrs-
schrift Bd. VIII, Nr. 6 und 11 und Bd. IX, Nr. 15.
Wolff, Die Lehre von der mora. Göttingen 1841.
Nachbar von Künzental, Handbuch des französischen Civilrechts.
7. Auflage. Freiburg 1886.



Inhalts-Übersicht.

	Seite
Einleitung	5
I. Das römische Recht	6
§ 1. Das Erfordernis einer Hauptobligation	8
§ 2. Konventionalstrafe und unter einer Bedingung fällige Leistung	11
§ 3. Beschaffenheit der Hauptverbindlichkeit	13
§ 4. Die Verträge zu Gunsten und Lasten Dritter	14
§ 5. Unmögliche und verbotene Leistungen im Verhältnis zur Pönalstipulation.	16
§ 6. Konventionalstrafe bei Verpflichtungen ohne Vermögenswert	19
§ 7. Ist die Konventionalstrafe der freien Vereinbarung der Kontrahenten anheimgegeben oder bestehen bezüglich derselben gesetzliche Beschränkungen?	21
§ 8. Verfall der Strafe	22
§ 9. Wirkung der Pönalstipulation durch Eintritt ihres Verfalles	26
§ 10. Teilbarkeit und Cessibilität der Strafe	29
§ 11. Ausfallen der Strafe, Beweislast, und Erfüllungsort derselben	31
Schlussbemerkung	32
II. Die Gesetzgebungen des 18. und 19. Jahrhunderts.	33
1. Das preussische Landrecht	33
2. Das bayerische Landrecht	36
3. Der Code civil	36
4. Das badische Landrecht	39
5. Codice del Regno d'Italia	39
6. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich	39
7. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen	41
8. Das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht	42
9. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch	44
III. Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich	46
§ 1. Zweck und Begriff der Konventionalstrafe nach deutschem Rechte	46
§ 2. Die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit im Verhältnis zum Strafversprechen	47
§ 3. Fortsetzung	50

	Seite
§ 4. Beschaffenheit der im Strafvertrag verabredeten Verpflichtung Rechtswirkungen des Strafversprechens	51
§ 5 a. Die Rechte des Gläubigers bei Nichterfüllung der Hauptver- bindlichkeit durch den Schuldner	54
§ 6 b. Rechte des Gläubigers bei Strafverträgnn hinsichtlich nicht gehöriger Erfüllung	57
§ 7. Der Verfall der Strafe	61
§ 8. Die Uebertragung des Anspruches auf Vertragsstrafe . .	64
§ 9. Die Beweislast	65
§ 10. Die Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuches . . .	66
Schlussbemerkung	67



Strauss, Adolf

Über die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung

München 1898

J.germ. 3471

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11866312-3